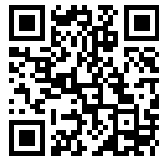


---

This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>





## A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

## Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

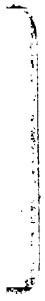
## À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



Sur. is. 152 <sup>hc</sup>

Review







16<sup>e</sup> ANNÉE.

REVUE CRITIQUE

JANVIER 1866.

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG

Président du Sénat,  
Premier-président de la Cour de cassation.

L. WOŁOWSKI

Membre de l'Institut.

PAUL PONT

Conseiller  
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation :

FAUSTIN HÉLIE

Conseiller à la Cour de cassation,  
Membre de l'Institut.

BONJEAN

Président à la Cour de cassation,  
Sénateur.

L. DE VALROGER

Professeur d'histoire du droit  
à la Faculté de Paris.

BERTAULD

Professeur à la Faculté de droit de Caen,  
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE

Professeur d'économie politique à la Faculté de droit  
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

**Rouland**, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimerel**, avocats à la Cour de cassation; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, etc.

Prix franco : 48 fr. pour la France; — pour l'Étranger, port en sus.

Tout ce qui concerne la RÉDACTION doit être adressé FRANCO  
à M. L. DE VALROGER, délégué du comité pour la direction,  
au bureau de la Revue.

TOME XXVIII. — 1<sup>re</sup> LIVRAISON.

Il sera rendu compte des ouvrages dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration.

BUREAUX A PARIS

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,  
24, rue Soufflot, 24.

## SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE JANVIER 1866.

---

	Pages.
EXAMEN DOCTRINAL de la jurisprudence civile; par M. Th. DEROME. . . . .	1
DE LA SUBROGATION AUX DROITS D'HYPOTHÈQUE et des sous-ordres; par M. Ch. BEUDANT. . . . .	30
DES FONCTIONS DU MINISTÈRE PUBLIC à l'audience civile; par M. Éd. PERIER. . . . .	59
DE LA JURIDICTION DISCIPLINAIRE des conseils académiques; par M. REVERCHON. . . . .	80
BIBLIOGRAPHIE. — Le livre des droits et des commandements d'office de justice, par M. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ; compte rendu par M. L. DE VALROGER. . . . .	89
— Les Juifs algériens, par M. FRÉGIER; compte rendu par M. E. BONNIER. . . . .	91
— De la loi du 14 juin 1865 sur les chèques; par M. ALAUZET; compte rendu par M. AMELINE. . . . .	95

---

---

LES OUVRAGES ANNONCÉS SE TROUVENT CHEZ M. COTILLON, ÉDITEUR,  
24, rue Soufflot, 24.

---

### OUVRAGES RECOMMANDÉS.

---

CODES ET LOIS USUELLES CLASSÉES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE; édition conforme à la législation la plus récente, collationnée sur les textes officiels, contenant en note, sous chaque article des Codes, ses différentes modifications, la corrélation des articles entre eux, la concordance avec le droit romain, l'ancienne législation française et les lois nouvelles; précédée de la Constitution de l'Empire français et accompagnée d'une Table chronologique et d'une Table générale des matières; par MM. Augustin ROGER, avocat à la Cour impériale de Paris, auteur de la deuxième édition du *Traité de la saisie-arrêt*, et Alexandre SOREL, avocat à la Cour impériale de Paris, suppléant du juge de paix du VII<sup>e</sup> arrondissement de Paris. Garnier frères, éditeurs; Paris, in-8. — 15 fr.

L'édition des Codes de MM. Roger et Sorel diffère essentiellement de celles publiées jusqu'ici par leurs devanciers. Ces auteurs ont entièrement abandonné la méthode, suivie depuis longtemps, de mettre à la fin des articles les renvois indiquant la concordance avec les autres articles et les lois en vigueur, et ils ont reporté dans une note, au bas de chaque page, toutes les annotations qu'ils ont cru utile de placer sous chaque article. Cette innovation a le mérite de laisser



**REVUE CRITIQUE**  
**DE**  
**LÉGISLATION**  
**ET DE**  
**JURISPRUDENCE.**

---

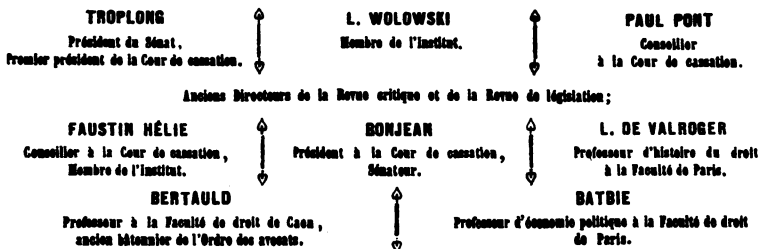
PARIS.—IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C<sup>e</sup>, RUE RACINE, 26.

---

Erwerische  
Staatsbibliothek  
München

REVUE CRITIQUE  
DE  
**LÉGISLATION**  
ET DE  
**JURISPRUDENCE**

PAR MM.



AVEC LE CONCOURS DE MM.

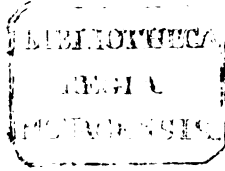
**Rouland**, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Boyer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimereel**, avocats à la Cour de cassation; **Duroooq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, etc.

←—————→  
TOME XXVIII. — 16<sup>me</sup> ANNÉE.  
←—————→

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,  
24, rue Soufflot, 24.

1866



REVUE CRITIQUE  
DE LÉGISLATION  
ET DE JURISPRUDENCE.

---

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière de partages d'ascendants.

Par M. Théodore DEROME,  
docteur en droit, procureur impérial à Quimper.

(Suite<sup>1</sup>.)

QUATRIÈME QUESTION.

Les partages d'ascendants peuvent être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments (1076 C. Nap.).

Conséquence : si le partage est fait dans la forme de la donation entre-vifs, il ne peut produire, comme la donation, *aucun effet que du jour qu'il a été accepté en termes exprès par les enfants* (932).

Mais, s'il est fait dans la forme testamentaire, peut-il être, comme le legs (1043), *répudié* par les enfants qui invoqueraient, avec leur titre d'héritiers de la loi, les règles ordinaires des partages en matière de succession (822)? Non, dit M. Troplong : si le fils gratifié par le testament de son père a le droit de renoncer au don pour s'en tenir à la réserve, il n'en est pas de même dans le partage *inter liberos*. Un enfant apportionné n'a pas la faculté de déclarer, malgré ses frères, qu'il préfère au lot composé par le père le lot qui lui obviendra par le par-

<sup>1</sup> V<sup>o</sup> tome XXVII, p. 385 et 481.  
XXVIII.

tage *ab intestat*. Le partage du père est la loi commune. Cette loi est obligatoire, et le fils doit la subir, tant que le père ne s'est pas écarté des dispositions du chapitre des Partages d'ascendants. Ce dont il est apportionné, selon les expressions de M. Troplong, est la succession *ab intestat* même, divisée par le meilleur de tous les arbitres (*Donations et testaments*, n° 2302). La jurisprudence confirmera sans doute l'opinion de l'illustre jurisconsulte. L'acceptation est une des formalités intrinsèques de la donation; elle en est l'indispensable complément. Le legs, au contraire, n'exige pas d'acceptation expresse; il peut être répudié, il est vrai; mais la répudiation n'est pas une des *formalités, conditions ou règles prescrites pour les testaments*. On comprend donc que le partage d'ascendant soit soumis à la condition de l'acceptation, s'il est fait dans la forme des donations; qu'il n'y soit pas soumis, s'il est fait dans la forme des testaments. D'un autre côté, pourquoi l'acceptation est-elle rigoureusement nécessaire pour le partage qui se produit sous la forme de la donation? C'est qu'un tel partage emporte dessaisissement actuel, immédiat, irrévocable des biens; il faut le concours de deux volontés pour opérer ce dessaisissement, que la mort, sans autre secours, suffit à opérer dans le cas de partage fait par testament. En d'autres termes, l'acceptation expresse est requise, moins pour le partage, que pour la translation de la propriété; cette translation se fait par l'acceptation dans la donation entre-vifs, par la volonté de la loi dans le partage testamentaire. Quant à l'opération du partage, la seule qui domine dans un testament de ce genre, elle est l'œuvre de la puissance paternelle; elle s'impose aux enfants; elle ne saurait subir leur contrôle; ils ne peuvent pas plus la répudier qu'ils ne sont appelés à l'accepter, à moins qu'ils ne se trouvent dans les cas prévus par les articles 1077, 1078, 1079. « La loi, disait le tribun Favard, donne aux pères, « aux mères et aux autres ascendants la plus douce magistrature, en leur confiant le pouvoir de faire entre leurs enfants « le partage de leurs biens. » Cette magistrature ne serait-elle pas dérisoire, si elle devait humblement soumettre ses décisions à la censure des enfants, si elle ressortissait de la juridiction supérieure de ces derniers? Je maintiens que la règle générale, dans cette matière, est que le partage de l'ascendant n'est pas soumis à la nécessité de l'acceptation de la part des

enfants; qu'il s'impose à eux, malgré eux : *arbitrium patris summum judicium esto* (loi des Douze Tables). Cette règle reçoit sans difficulté son application dans tout partage fait par les ascendants sous la forme testamentaire; elle n'est tenue en échec, au cas de partage par acte de donation, que parce que ce partage se complique d'un dessaisissement actuel des biens de l'ascendant au profit de ses descendants. C'est ainsi que j'analyse l'article 1076 du Code Napoléon.

## CINQUIÈME QUESTION.

Les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, et les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, peuvent accepter pour lui une donation (art. 935 C. Nap.).

Or, si le père et la mère faisaient en commun le partage de leurs biens, par un même acte, entre leurs descendants, le père pourrait-il valablement, au nom de ses enfants mineurs, accepter le partage en ce qui concerne la mère, et la mère en ce qui concerne le père?

L'ordonnance de 1735, article 77, tout en abrogeant l'usage des testaments mutuels, laissait aux père et mère la faculté de partager conjointement leurs biens entre leurs enfants par un seul et même testament. Cette sage disposition tendait à prévenir le morcellement des biens, et à faciliter les partages. Il est à regretter peut-être qu'en proscrivant les testaments mutuels (art. 968), le Code n'ait pas admis une pareille exception en faveur des partages faits par les ascendants; mais il ne l'a pas admise, et l'article 1076 veut que ces partages soient faits avec les formalités prescrites pour les testaments.

Mais, si l'on ne peut suppléer une exception qui ne se trouve pas dans la loi, rien n'empêche les ascendants de partager conjointement leurs biens entre leurs enfants par un acte de donation entre-vifs, et alors naît la question posée plus haut : le père et la mère, qui font en commun le partage de leurs biens, par un même acte, peuvent-ils valablement accepter pour leurs enfants mineurs, le père en ce qui concerne le partage de la mère, la mère en ce qui concerne le partage du père?

MM. Duranton et Dalloz pensent qu'une telle acceptation

suffit. Ils conviennent néanmoins que la prudence conseille, dans ce cas, l'intervention d'un autre ascendant ou d'un tuteur *ad hoc* (Duranton, t. IX, p. 623. — Dalloz, v° *Disposit. testam.*, n° 4531).

Leur opinion a été admise par un jugement du tribunal de Saintes, du 16 mai 1860, confirmé par arrêt de la Cour impériale de Poitiers, en date du 20 février 1861. Le jugement de Saintes, dont les motifs ont été purement et simplement adoptés par la Cour, est ainsi conçu : « En ce qui touche l'acceptation irrégulière de la donation : Attendu que la donation-partage du 1<sup>er</sup> février 1855 a été faite simultanément par le père et par la mère, et comprend par conséquent, à vrai dire, deux donations; que, dans l'état d'indivision où se trouvaient les époux, chacun d'eux se dessaisissant, en faveur de leurs enfants, de la moitié qui lui appartenait dans la communauté, s'est dessaisi d'une façon suffisante et légale des droits qui lui appartenaient; que l'article 935 du Code Napoléon permettant, en cas de minorité, au père et à la mère ou autres ascendants, d'accepter pour le mineur, chacun des époux Cosset a pu valablement accepter pour la part qui lui était étrangère, donnée par son conjoint; — Que la réserve d'usufruit en faveur du survivant des époux Cosset n'a pu vicier la donation, parce qu'elle n'était qu'une charge imposée aux donataires et acceptée valablement par chacun d'eux. »

Est-ce là le dernier mot de la jurisprudence sur ce point? J'en doute : comme le tuteur ne peut représenter son pupille, lorsque leurs intérêts sont opposés, de même le père ou la mère ne peuvent représenter leurs enfants dans les actes où ils contractent avec eux : *Tutor in rem suam auctor esse non potest* (Justin., Instit., liv. I, tit. 21, § 3).

Quand le père seul fait le partage de ses biens entre ses enfants, la mère, désintéressée dans ce partage, peut certainement accepter au nom de ses enfants mineurs.

Quand la mère seule fait le partage, le père peut de même l'accepter au nom des enfants mineurs.

Mais si le père et la mère se réunissent pour faire en commun le partage de leurs biens, dans un seul et même acte, je propose une distinction. — Si l'acte unique de donation contient deux partages distincts, celui des biens du père, celui des biens de la mère; si ces deux partages, quoique contenus



dans le même acte, sont indépendants l'un de l'autre, en telle sorte qu'ils puissent, au besoin, subsister l'un sans l'autre, j'admets que le père accepte pour l'enfant mineur le partage des biens de la mère; j'admets que la mère accepte, dans les mêmes conditions, pour l'enfant mineur, le partage des biens du père. Le père n'est, dans ce cas, pas plus que la mère, *auctor in rem suam*. — Mais lorsque le père et la mère confondent leurs biens dans le partage de telle sorte que la nullité du partage des biens paternels entraîne la nullité du partage des biens maternels; s'ils partagent, par exemple, entre leurs enfants, les biens encore indivis de la communauté, ou s'ils font de leurs propres une masse unique pour la diviser ensuite par égales portions, je ne vois plus des intérêts qui sont confondus, qui sont liés, qui sont indivisibles entre les ascendants donateurs; le père et la mère ne forment plus qu'une seule et même partie vis-à-vis des enfants avec lesquels ils contractent; l'acceptation faite par le père en ce qui concerne le partage de la mère, n'a pas plus de valeur que l'acceptation qu'il ferait pour le partage de ses propres biens; c'est le même partage; ce sont les mêmes intérêts; le père n'apprécie plus un acte qui lui est étranger, mais un acte dans lequel il est partie; il joue un double rôle, celui de donateur et celui de donataire, celui de partageant et celui de partagé; il est en quelque sorte juge et partie; son impartialité m'est suspecte, dès là que se trahit son intérêt personnel, ne fût-ce qu'un intérêt d'amour-propre, au maintien du partage. Encore moins puis-je admettre comme valable l'acceptation du père pour le partage des biens de la mère, l'acceptation de la mère pour le partage des biens du père, lorsque, dans le partage commun, la libéralité est accompagnée de certaines réserves au profit des père et mère : là leur intérêt est évident; il est de plus opposé à celui des enfants; le père et la mère, en acceptant semblable donation ou semblable partage *pour* leurs enfants mineurs, assurent en même temps leurs propres intérêts *contre* leurs enfants, leurs droits à un usufruit, à une pension viagère ou à toutes autres prestations. Niez donc, si vous le pouvez, que le père et la mère aient le même intérêt, intérêt parfois indivisible; niez, si vous le pouvez, que cet intérêt soit opposé à celui des enfants; niez, si vous le pouvez, que le père devienne *auctor in rem suam*, que la mère devienne *auctor in*

*rem suam.* Vous le nieriez en vain : ne voyez-vous pas que le partage paternel tomberait, si le père n'acceptait pas le partage maternel pour les enfants ; que le partage maternel tomberait, si la mère n'acceptait pas pour eux le partage paternel ? Ne voyez-vous pas que vous placez le père, la mère entre leur intérêt et leur devoir : leur intérêt, qui est de consommer le partage pour eux-mêmes ; leur devoir, qui peut être de le repousser au nom des mineurs ? Advienne le jour où le père et la mère, abusant de leur position, fassent et acceptent pour leurs enfants mineurs un partage dans lequel ils stipuleront à leur profit des avantages exagérés : la justice, j'en suis convaincu, ne ratifiera pas leur étrange acceptation ; elle la brisera, en brisant l'abus qui aura servi à mettre en relief les vrais principes de la loi : *Tutor in rem suam auctor esse non potest.*

## SIXIÈME QUESTION.

Lorsque, après le décès de la mère, le père, tuteur légal, ou, après le décès du père, la mère, tutrice légale, font le partage de leurs biens entre leurs enfants sous la forme de la donation, le subrogé tuteur a-t-il qualité pour accepter au nom des mineurs ?

Il est bien évident que l'article 935 du Code Napoléon ne va pas jusqu'à autoriser l'ascendant qui fait le partage de ses biens entre ses enfants, à se porter acceptant au nom des mineurs ; faire un partage et l'accepter pour autrui, sont deux choses incompatibles : *Tutor in rem suam auctor esse non potest.* Mais, dans ce cas, si aucun autre ascendant n'accepte au nom des mineurs, l'acceptation peut-elle être valablement faite par le subrogé tuteur ?

M. Troplong estime que le subrogé tuteur n'a pas qualité pour accepter ; il pense qu'il faudrait, dans ce cas, nommer au mineur un tuteur *ad hoc*. Le subrogé tuteur, selon M. Troplong, n'est pas appelé par la loi à remplir l'office dont il s'agit : ses fonctions, d'après l'article 420 du Code Napoléon, consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur ; or, ici point d'opposition entre le tuteur et le mineur ; loin de là, ils agissent de concert et tendent au même but, qui est la consommation du partage (*sic* M. Troplong, n° 1133 et M. Duranton, t. VIII, n° 443).

Je crois néanmoins, avec de nombreuses autorités, qu'il existe, dans l'espèce, une véritable opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur au point de vue de l'article 420 C. Nap. Cette opposition résulte, dans le sens juridique, de l'opposition même des deux qualités de donateur et de donataire. Si elle n'existait pas ou si elle n'était pas toujours menaçante, la loi ne prendrait pas la peine d'exiger l'acceptation, l'acceptation en termes exprès; elle se contenterait, comme en matière de testament, de présumer cette acceptation. Le danger d'un conflit d'intérêts, intérêts moraux ou intérêts pécuniaires, explique seul la nécessité de cette formalité. L'opposition est toujours possible; l'œil du subrogé tuteur doit être toujours ouvert. Cette opposition devient même manifeste, si la donation-partage est accompagnée, comme il arrive le plus souvent, comme il arrive presque toujours (pour ma part, je n'ai pas rencontré une seule exception), de certaines charges, de certaines conditions stipulées soit au profit du donateur, soit au profit d'un tiers. Sous quel prétexte refuserait-on au subrogé tuteur le droit d'accepter au nom du mineur? Ses fonctions ne consistent-elles pas précisément à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur? Presque tous les auteurs décident avec raison, à mon sens, que le subrogé tuteur a qualité pour accepter, lorsque la donation-partage est faite par le père, tuteur légal, ou par la mère, tutrice légale de ses enfants mineurs (*sic*: Guilhon, n° 519; Toullier, t. V, n° 202; Delvincourt, t. II, p. 261; Poujol, sur l'art. 942, n° 2; Coin-Delisle, sur 942, n° 6; Bayle-Mouillard, sur Grenier, n° 402, note; Grenier lui-même, t. I, n° 66 bis; Dalloz, *Rép.*, v° *Disposit. entre-vifs*, n° 1488). Un jugement du tribunal de Caen, du 22 avril 1853, confirmé par la Cour le 8 mai 1854, reconnaît implicitement, comme la doctrine, que dans les circonstances données, le subrogé tuteur remplit valablement les fonctions de tuteur (Dalloz Périod., année 1854, II<sup>e</sup> partie, p. 241). Il est bien entendu que, pour être régulière, l'acceptation faite par le subrogé tuteur doit, comme celle qui procède du tuteur non ascendant, être autorisée par le conseil de famille (art. 463, 935 C. Nap.) : une telle garantie est très-suffisante; elle rend tout à fait inutile le recours exceptionnel à la nomination d'un tuteur *ad hoc*.

## SEPTIÈME QUESTION.

Lorsqu'un mineur accepte une donation-partage (ou toute autre donation) sans l'autorisation de son tuteur ou de son subrogé tuteur; de même, lorsque le tuteur ou le subrogé tuteur l'acceptent, sans l'autorisation du conseil de famille, l'acte est frappé de nullité : cette nullité est-elle absolue ou seulement relative ?

La jurisprudence se divise, comme la doctrine, sur cette importante question.

La théorie de la nullité absolue est consacrée par plusieurs arrêts : Cour de cassation, 11 juin 1816 ; Riom, 14 août 1829 ; Grenoble, 14 juillet 1836 ; Rouen, 27 février 1852 ; Caen, 8 mai 1854. — Elle est adoptée par un grand nombre d'auteurs : Maleville, sur l'art. 463 ; Grenier, n° 61 *bis* ; Proudhon, *Cours de droit français*, t. II, p. 479 ; Merlin, *Répertoire*, v° *Donation*, sect. IV, n° 4, et v° *Mineur* § 7 ; Delvincourt, t. II, p. 258, notes ; Poujol, sur l'art. 934, n° 4 ; Coin-Delisle, sur l'art. 935, n° 20 et suiv. ; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. I, p. 397, notes ; Troplong (*Donations*), n° 1125 ; Dalloz aîné, *Rép.*, v° *Disposit. entre-vifs*, n° 1478 à 1480.

La théorie de la nullité relative ne trouve pas moins d'adhésions. Elle peut invoquer plusieurs arrêts : Nîmes, 12 août 1808 ; Douai, 6 août 1823 ; Colmar, 13 décembre 1808 ; Metz, 27 avril 1824 ; Nancy, 4 février 1839. Elle s'appuie sur l'autorité de Toullier, t. V, n° 195 ; Duranton, t. VIII, n° 437 ; Guilhon, n° 510 ; Marcadé, sur l'art. 935, n° 5 ; Valette (sur Proudhon), t. I, n° 276 ; Demolombe, t. IV, n° 348 ; Larombière, sur l'art. 1125, n° 5 ; Armand Dalloz, *Dict. gén.*, v° *Donation*, n° 175.

Interrogeons la jurisprudence, et demandons lui comment se justifie la théorie de la nullité absolue.

Nous citerons d'abord l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1816, bien qu'il ne tranche la question que d'une manière implicite, bien qu'il fasse l'application de l'ordonnance de 1731 sur les donations, et non celle des principes du Code Napoléon. Qu'on se garde de croire qu'une telle citation soit inopportune. Non ; la théorie de la nullité absolue étant un legs de l'ancienne jurisprudence, trouve naturellement dans l'arrêt du 11 juin 1816 un solide fondement :

« La Cour (après délib. en chambre du conseil); vu l'article 14  
 « de l'ordonnance des donations de 1731, ainsi conçu : « Les  
 « mineurs, les interdits, l'église, les hôpitaux, communautés  
 « ou autres qui jouissent des privilèges des mineurs, ne pour-  
 « ront être restitués contre le défaut d'acceptation des donations  
 « entre-vifs; le tout sans préjudice du recours, tel que de droit,  
 « desdits mineurs ou interdits contre leurs tuteurs ou curateurs,  
 « et desdits églises, hôpitaux, communautés ou autres jouissant  
 « des privilèges des mineurs contre leurs administrateurs, sans  
 « qu'en aucun cas la donation puisse être confirmée, sous pré-  
 « texte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels ledit recours  
 « pourra être exercé. — Attendu que Lazare Bouhier père  
 « n'ayant pas fait nommer à son fils, dont il était tuteur, un  
 « curateur *ad hoc*, pour accepter la donation qu'il lui consen-  
 « tait, le *défaut d'acceptation valable* de cette donation donnait  
 « lieu contre lui, en sa qualité de tuteur, et conséquemment  
 « contre ses héritiers, au recours, tel que de droit, accordé aux  
 « mineurs par l'article 14, ordonnance de 1731; que cependant  
 « l'arrêt dénoncé a refusé ce recours d'une manière absolue,  
 « en se fondant sur le motif que *l'acceptation étant nulle ou*  
 « *n'existant pas, ce qui est la même chose, la donation tombe;*  
 « qu'il n'y a plus d'engagement de la part de celui qui a donné,  
 « et conséquemment plus de fondement pour une action en  
 « garantie, mais que *c'est précisément parce que la donation*  
 « *était nulle à défaut d'acceptation*, qu'il avait été admis par  
 « l'ordonnance de 1731, que le défaut d'acceptation provenant  
 « du fait du tuteur, ouvrirait contre lui une action en recours  
 « de la part du mineur au préjudice duquel la donation se  
 « trouvait nulle et de nul effet, pour n'avoir pas été acceptée;  
 « que d'ailleurs, à cet égard, la disposition de l'article 14 de  
 « l'ordonnance étant générale et sans exception, elle est ap-  
 « plicable à tous les tuteurs, sans distinction, et même à ceux  
 « qui sont eux-mêmes donateurs, puisqu'en donnant, ils ne  
 « perdent pas la qualité de tuteurs, et qu'ils ne sont pas moins  
 « tenus de remplir les devoirs que leur impose cette qualité;  
 « Casse, etc. »

Tel est le principe posé par l'arrêt du 11 juin 1816: le mi-  
 neur avait accepté; mais l'acceptation n'était pas valable,  
 parce qu'elle n'était pas entourée de toutes les garanties vou-  
 lues par l'ordonnance de 1731, parce qu'elle était faite par le

mineur sans l'assistance d'un curateur *ad hoc* : *l'acceptation étant nulle ou n'existant pas, ce qui est la même chose, la donation tombe.*

Un arrêt de la Cour de Riom, du 14 août 1829, adoptant les motifs des premiers juges, transporta cette doctrine dans notre législation actuelle. Les premiers juges s'exprimaient comme il suit : « Attendu que l'acceptation est une formalité essentielle à la donation entre-vifs, puisque le donateur n'est engagé, et que la donation ne doit produire effet que du jour où elle est acceptée en termes exprès (art. 942, C. civ.); « Attendu que la loi attache une telle importance à la formalité de l'acceptation, qu'elle a tracé elle-même les règles de cette acceptation, selon l'état des personnes auxquelles la donation est faite. — C'est ainsi que, pour les majeurs, elle déclare que l'acceptation doit être faite par eux-mêmes, ou en leur nom par un fondé de procuration authentique (art. 933), tandis que, pour les mineurs, elle déclare, au contraire, que la donation devra être acceptée par le tuteur ou par un ascendant (art. 935), et ensuite que la donation dûment acceptée sera parfaite (art. 938); d'où il suit que, lorsqu'elle n'est pas régulièrement acceptée, *elle est imparfaite et ne produit aucun effet*; — Attendu que la triple acceptation qui se trouve dans la donation du 15 mai 1806 est également irrégulière et nulle, soit qu'on la considère comme faite par les mineurs de leur chef personnel, puisque, comme on l'a déjà dit, la donation faite à un mineur doit être acceptée par son tuteur; qu'ainsi elle n'est pas dûment acceptée par ce mineur; — Soit qu'on la considère comme faite par un ascendant; étant lui-même donateur, il répugnerait qu'il tînt en même temps la place du donataire; car, une donation, comme tous les contrats, suppose nécessairement le concours de deux personnes au moins; — Soit, enfin, qu'on considère l'acceptation comme faite par les frères majeurs, parce qu'ils ne sont pas au nombre des personnes désignées par la loi pour faire cette acceptation. »

La nullité absolue se trouve encore consacrée dans un arrêt de la Cour de Grenoble, du 14 juillet 1836. Il s'agissait d'une donation acceptée par un mineur sans l'autorisation du tuteur, et annulée par la Cour : « Attendu que l'acceptation tient à la substance de l'acte, et que, sans cela, *il n'y a pas de dona-*

« *tion*; — Que l'article 1125, sur la capacité relative des mineurs, ne concerne que les contrats, en général, valides par le seul consentement, et non les donations qui sont soumises à des formes spéciales. »

Même doctrine dans un arrêt de la Cour de Rouen, du 27 février 1852: « Attendu qu'aux termes de la donation du 1<sup>er</sup> mars 1810, Isidore Brayé, le donataire, était mineur; qu'il y est dit accepter la donation sous l'autorisation expresse de son père, son tuteur naturel et légitime; qu'il est évident que ni le donataire en état de minorité, ni son père et tuteur, partie à l'acte comme donateur, n'avaient capacité pour faire cette acceptation; que la donation, frappée, par le défaut d'acceptation, d'un *vice radical et absolu, est nulle, et qu'elle n'a pas eu d'existence à sa date du 1<sup>er</sup> mars*; — Que l'acceptation régulière a été faite néanmoins deux mois après, le 30 mai, etc. »

Le tribunal civil de Caen a jugé dans le même sens le 22 avril 1853. Ses motifs adoptés par la Cour le 8 mai 1854, sont ainsi formulés: « Attendu que le subrogé tuteur de la mineure Poirier, remplissant dans cette circonstance les fonctions de tuteur, ne s'est pas fait autoriser à accepter la donation faite à cette demoiselle; que l'acceptation ayant eu lieu sans l'accomplissement d'une des formalités exigées, n'a donc pu rendre la donation parfaite, et transférer à la demoiselle Poirier la propriété de la rente saisie, puisque cette donation n'a pas été dûment acceptée; — Attendu que l'on objecte vainement, dans l'intérêt de la demoiselle Poirier, que les mineurs pouvant toujours faire leur condition meilleure, et, d'un autre côté, les personnes capables de s'engager ne pouvant opposer l'incapacité du mineur, aux termes de l'article 1125 du Code Napoléon, le droit de demander la nullité de la donation ne peut appartenir à la dame Poirier ou à ses ayants cause, la mineure Poirier pouvant seule se prévaloir de l'irrégularité de la donation faite à son profit; — Attendu que les principes invoqués doivent sans doute recevoir leur application, lorsque les formalités omises, les conditions non remplies étaient prescrites dans l'intérêt unique du mineur; mais qu'il n'en est pas ainsi des conditions et des formes de l'acceptation des donations; qu'effectivement, ce n'est pas seulement pour l'acceptation des donations faites à des in-

« capables que ces formalités ont été imposées par le législa-  
 « teur ; qu'il en prescrit également, dans l'article 933, pour les  
 « donations faites à des majeurs ; ce qui démontre que, s'il  
 « a imposé pour l'acceptation comme pour la donation elle-  
 « même ou le testament, certaines conditions de formes, c'é-  
 « tait dans une idée d'ordre public et pour obtenir une garantie  
 « plus complète que l'acte avait été accompli par la volonté  
 « libre et éclairée des parties ; — Attendu, d'un autre côté,  
 « que le système invoqué par la mineure Poirier paraît con-  
 « traire à l'essence même de la donation entre-vifs, dont l'effet,  
 « d'après les dispositions de l'article 894, dépouille actuelle-  
 « ment et irrévocablement le donateur, puisque, le mineur  
 « conservant le droit de se prévaloir de l'irrégularité de la  
 « donation pour la faire annuler, la propriété resterait en  
 « quelque sorte incertaine jusqu'à sa majorité ; — Attendu  
 « que, du moment où la donation est reconnue nulle pour dé-  
 « faut d'acceptation, il est superflu d'examiner le point de sa-  
 « voir si l'on ne devrait pas l'anéantir dans tous les cas, parce  
 « que la veuve Poirier se serait volontairement et frauduleuse-  
 « ment rendue insolvable au moyen de cette donation faite à  
 « sa fille, etc. »

Tel est le système de la nullité absolue. Je me rattache au système contraire, à celui de la nullité relative. Et tout d'abord, pour me placer au point de vue de l'ordonnance de 1731 sur les donations, j'oppose à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1816, cité plus haut, deux arrêts, l'un de la Cour de Nîmes, 12 août 1808, l'autre de la Cour de Douai, 6 août 1823, qui trouveraient appui, au besoin, dans un arrêt du Parlement de Bordeaux, août 1777, et dans un arrêt du Parlement de Paris, 10 février 1781.

Arrêt de la Cour de Nîmes, 12 août 1808 (*en robes rouges*) :  
 « Considérant que, d'après les lois romaines qui n'ont pas  
 « cessé d'être en vigueur dans la province habitée par les  
 « parties jusqu'à la promulgation du Code civil, le pubère  
 « était personne capable pour contracter, *non omnia quæ fecit*  
 « *minor, irrita sunt* ; que la présence d'un curateur n'était pas  
 « exigée pour la validité des actes qu'il passait ; qu'à la vérité  
 « le pubère était restitué en entier contre ceux dont les con-  
 « ventions ou les conséquences nuisaient à son intérêt ; mais  
 « que cette restitution n'avait point pour fondement son inca-



« pacité, mais seulement la lésion qu'il avait éprouvée, *non*  
« *minor restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus*; que  
« cette règle de droit avait été généralement et pleinement  
« adoptée dans tous les parlements des pays régis par les lois  
« romaines, ainsi que l'attestent les monuments de leur juris-  
« prudence et les auteurs qui les ont conservés; que ce droit  
« certain et incontestable n'a pu être enlevé aux pubères que  
« par une loi formelle, positive et abrogative des précédentes  
« lois; que l'ordonnance de 1731, sur les donations, est le seul  
« acte de législation, antérieur au Code civil, qui paraisse s'être  
« occupé de la capacité des mineurs de vingt-cinq ans; que,  
« suivant l'opinion de quelques auteurs, l'article 7 de cette  
« ordonnance contient implicitement la prohibition faite aux  
« mineurs d'accepter une donation sans l'assistance d'un tuteur  
« ou d'un curateur; que cette opinion erronée dont on dé-  
« couvre la source dans les remontrances adressées au chan-  
« celier d'Aguesseau, par le Parlement de Toulouse, a été vic-  
« torieusement réfutée par les auteurs les plus considérés, et  
« condamnée par plusieurs arrêts émanés de différentes Cours  
« du royaume; qu'en effet, cet article ne porte aucune disposi-  
« tion impérative ou prohibitive; qu'il confère aux tuteurs ou  
« curateurs, aux père et mère, aux ascendants des mineurs  
« la faculté d'accepter pour eux les donations qui leur seraient  
« faites, sans qu'il soit besoin d'aucun avis des parents pour  
« rendre l'acceptation valable; que si le législateur avait voulu  
« déclarer les mineurs eux-mêmes incapables d'acceptation,  
« il aurait textuellement prononcé cette incapacité, puisqu'il  
« se serait agi de les priver d'un droit et de changer leur état;  
« qu'il n'a pas manqué de s'exprimer en termes impératifs  
« dans l'article 9, qui défend aux femmes mariées d'accepter  
« aucunes donations sans l'autorisation de leurs maris; qu'il  
« serait inutile de rechercher dans la lettre écrite par le chan-  
« celier d'Aguesseau aux commissaires du Parlement de Tou-  
« louse quelle a été son opinion sur le sens de l'article 7,  
« parce que la loi seule doit être considérée quand il ne s'agit  
« que de faire l'application des dispositions qu'elle contient;  
« que le pouvoir des juges ne va pas jusqu'à frapper de nullité  
« un acte que la loi n'a pas défendu, et que l'annulation ne  
« peut en être prononcée que lorsqu'elle l'a prononcée elle-  
« même; qu'il serait d'ailleurs bien extraordinaire que l'an-

« cienne législation, qui laissait subsister dans les pubères la  
 « capacité de passer toutes sortes de contrats, même les con-  
 « trats onéreux, les eût rendus incapables de former le seul  
 « qui, par sa nature même, leur est nécessairement avantageux,  
 « et ne peut, dans aucun cas, compromettre leurs intérêts; —  
 « Dit bien jugé, etc. »

Arrêt de la Cour de Douai, 6 août 1823: « Considérant que  
 « la loi du 17 nivôse an II, donne aux époux le droit de s'a-  
 « vantage; que, par conséquent, il est inutile d'examiner si,  
 « à l'époque désignée, les contrats de mariage faits sous seing  
 « privé et après la célébration, étaient valables comme les  
 « contrats anténuptiaux et authentiques, et qu'il suffit que celui  
 « dont il s'agit vaille comme donation; — Que l'ordonnance  
 « de 1731, qui prescrit les formes des donations, n'assujettit  
 « pas aux mêmes formes, et notamment à celle de l'accepta-  
 « tion, les donations entre époux, énoncées dans des actes  
 « autres que les contrats de mariage; — Qu'en supposant,  
 « d'après les raisons ci-dessus, que l'acte soit postérieur à la  
 « célébration, l'épouse mineure n'avait pas d'autre tuteur que  
 « son époux, d'où il suit que l'acceptation de l'aïeul était  
 « inutile; — Que, d'ailleurs, il est de principe que le mineur  
 « peut rendre sa condition meilleure, et que la femme Moreau  
 « pourrait seule réclamer contre son acceptation person-  
 « nelle, etc. »

Comparons les arrêts de Nîmes, 12 août 1808, et Douai, 6 août 1823, à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1816. Nous remarquerons facilement que la jurisprudence n'est pas d'accord sur l'interprétation de l'ordonnance de 1731. Chercher dans cette ordonnance des arguments pour décider la question que soulève l'article 935 du Code Napoléon, n'est-ce pas vouloir résoudre une question douteuse par un principe qui n'est pas moins douteux? Mais continuons; je ne discute pas encore, j'expose.

Un arrêt de la Cour de Colmar, du 13 décembre 1808, applique, non plus les règles de l'ordonnance de 1731, mais celles de notre Code: « Attendu que l'article 463 du Code civil, porte  
 « à la vérité: « La donation faite au mineur ne pourra être ac-  
 « ceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de fa-  
 « mille... » Mais le législateur n'y a pas ajouté la clause  
 « irritante à peine de nullité, comme il l'a fait à l'article 931,

« où il a voulu que tous actes portant donation entre-vifs soient  
 « passés devant notaires, etc., à peine de nullité. — Dans l'es-  
 « pèce, l'acceptation est contenue dans la donation même; elle  
 « pouvait avoir lieu après la donation du vivant du donateur;  
 « mais en ce cas la donation n'est pas annulée par le législa-  
 « teur; seulement elle n'a d'effet que du jour que cette accep-  
 « tation a été notifiée au donateur. L'article 935 veut, il est  
 « vrai, que la donation faite à un mineur non émancipé soit  
 « acceptée par son tuteur, conformément à l'article 463, mais,  
 « non plus que ce dernier article, il ne porte pas la peine de  
 « nullité; — Attendu, d'ailleurs, que la nullité des actes passés  
 « avec des mineurs, pour omission de formalités, n'est jamais  
 « que relative au mineur; elle n'est établie que dans son in-  
 « térêt; lui seul peut s'en prévaloir; le majeur qui a contracté  
 « avec lui ne peut la lui rétorquer. Ce principe, qui est ancien,  
 « a été consacré par notre nouvelle législation, entre autres  
 « par la loi du 4 germinal an II, dont l'article 5 porte: « Il  
 « ne peut y avoir lieu à cassation au préjudice des mineurs,  
 « des interdits, des absents indéfendus, des femmes mariées,  
 « des communes ou de la République, sous le prétexte que le  
 « ministère public n'aurait pas été entendu dans les affaires  
 « qui les intéressaient, et qui ont été jugées à leur avantage; »  
 « — Attendu que ce qui tranche au surplus à cet égard, c'est  
 « la disposition de l'article 1125 du Code civil; — Il y a plus,  
 « c'est qu'au cas particulier la mère de la donataire a accepté  
 « la donation, ainsi que l'article 935, déjà cité, lui en donnait  
 « la faculté; ainsi, sous ce point de vue, cette seconde accep-  
 « tation suppléerait au besoin à celle faite par le tuteur. Il est  
 « donc évident que, sous le rapport de l'acceptation, la dona-  
 « tion dont il s'agit est inattaquable; ... Par ces motifs, dit bien  
 « jugé, etc. »

Même décision dans un arrêt de la Cour de Metz, 27 avril  
 1824: « Attendu que le conseil de famille a été régulièrement  
 « composé et tel qu'il pouvait l'être, de sorte qu'il est impos-  
 « sible de contester au tuteur sa qualité; — Attendu qu'il a  
 « accepté la donation dont il s'agit; que s'il n'a pas été spé-  
 « cialement autorisé par cette acceptation, il ne résulte de là  
 « qu'une nullité relative, dont le mineur seul, devenu majeur,  
 « pourrait se prévaloir; la combinaison des articles 463, 935 et  
 « 1125 du Code civil ne laisse aucun doute sur ce point; — At-

« tendu qu'il serait contre toute justice de faire tourner au pré-  
 « judice des mineurs les dispositions que la loi n'a prescrites  
 « qu'en leur faveur ; — Met l'appellation au néant, avec amende  
 « et dépens, etc. »

Même décision encore dans un arrêt de la Cour de Nancy,  
 4 février 1839 : « Attendu que la principale question que pré-  
 « sente cette cause, est celle de savoir si l'acceptation donnée  
 « par un donataire, en état de minorité, rend la donation par-  
 « faite au regard du donataire ; — Attendu que, d'après l'ar-  
 « ticle 1125 du Code civil, les personnes capables de s'engager  
 « ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit, ou  
 « de la femme mariée, avec laquelle elles ont contracté ; —  
 « Que cette disposition est absolue, puisqu'elle se trouve au  
 « titre des contrats et obligations conventionnels en général ;  
 « — Que l'on ne peut prétendre qu'elle ne serait point appli-  
 « cable aux donations dont le titre précède celui-ci, puisque  
 « l'article 1105 range la donation dans la classe des contrats,  
 « sous le titre de contrat de bienfaisance ; — Attendu que, si  
 « l'article 935 porte que la donation faite à un mineur non  
 « émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par son tuteur,  
 « conformément à l'article 463, cette prescription est conçue  
 « dans des termes non moins impératifs que ceux par lesquels  
 « l'article 217 déclare que la femme, même non commune ou  
 « séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, ac-  
 « quérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans  
 « l'acte ou son consentement par écrit ; — Que cependant il est  
 « de principe incontestable que les majeurs ne sont pas resti-  
 « tuables contre les actes qu'ils ont contractés avec la femme  
 « non autorisée ; — Que cet article 217, en plaçant sur la même  
 « ligne les acquisitions à titre gratuit et les acquisitions à titre  
 « onéreux, n'a pu entendre leur faire produire un effet diffé-  
 « rent à l'égard de celui qui, n'étant arrêté par aucune sorte  
 « d'incapacité, a dû calculer toute la portée de l'obligation  
 « qu'il contractait ; — Attendu qu'il est généralement admis  
 « que le mineur peut toujours faire sa condition meilleure ; —  
 « Qu'il suit de là que si la donation n'a point été acceptée par  
 « le tuteur, conformément à l'article 463, il lui restera le droit,  
 « ou d'en recueillir les effets si elle lui offre un avantage réel,  
 « ou d'en proposer la nullité, si elle peut lui devenir onéreuse ;  
 « — Que l'on objecte inutilement que la position du donateur

« resté incertaine, et que, pour former un lien réciproque et  
 « immuable, il est nécessaire qu'aux termes de l'article 935,  
 « la donation soit dûment acceptée; — Que la simultanéité d'un  
 « consentement irrévocable n'est pas plus de l'essence de la  
 « donation que des autres contrats; — Que le donataire majeur  
 « est toujours en droit d'accepter la donation durant l'existence  
 « du donateur, tant que celui-ci ne l'a pas révoquée; — Que  
 « ce dernier ne peut être laissé sans doute dans un état perpé-  
 « tuel d'incertitude sur le sort de la donation et sur les inten-  
 « tions définitives du donataire, mais que, dans ce cas, il peut  
 « exiger que le tuteur et le conseil de famille se prononcent  
 « formellement sur l'acceptation ou le rejet de la donation, et  
 « en faire une condition de sa libéralité; — Attendu, en effet,  
 « que Marie Marchal a figuré dans l'acte de donation du 24 mars  
 « 1812, et a déclaré l'accepter avec la plus grande reconnais-  
 « sance, et quoiqu'elle n'eût encore que dix-huit ans, son ac-  
 « ceptation a suffi pour rendre cette donation parfaite au regard  
 « de Blanchard, donateur; — Met l'appellation et ce dont est  
 « appel au néant, émendant, etc.

Telle est la jurisprudence des arrêts des Cours de Nîmes, Douai, Nancy, Colmar, Metz. Elle a été suivie par le tribunal de Quimper dans un jugement prononcé, conformément à mes conclusions, le 29 novembre 1864. C'est elle qui doit, je le crois, définitivement triompher.

Il ne faut pas, en effet, confondre deux questions essentiellement distinctes, celle de la capacité, celle des formalités. Il ne faut pas surtout s'égarer sous l'illusion du titre trop général de la section : *de la forme des donations*. La plus simple lecture des articles de cette section démontre qu'ils renferment une foule de dispositions tout à fait étrangères à la forme, et intéressant au plus haut degré l'essence du droit (art. 938, 943, 944, 945, 946, 949, 951, 952). Or, si un vice de forme entraîne nullité absolue, un défaut de capacité n'entraîne que nullité relative. L'article 1125 le dit : « Le mineur, l'interdit et la  
 « femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité,  
 « leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. Les  
 « personnes CAPABLES de s'engager ne peuvent opposer L'INCAPA-  
 « CITÉ du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui  
 « elles ont contracté. » Si l'incapable n'est pas lié, la personne capable est toujours liée par le contrat.

Cette règle générale, dont l'autorité domine notre législation, reçoit-elle exception dans la matière des donations entre-vifs? Une telle exception n'est écrite nulle part, et elle est en opposition avec l'esprit de nos lois; double raison pour la rejeter.

La donation est un contrat solennel, je ne l'oublie pas; l'article 931 le déclare: « Tous actes portant donation entre-vifs « seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des « contrats; il en restera minute, à peine de nullité. »

L'article 932 ajoute: « La donation entre-vifs n'engagera le « donateur et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura « été acceptée (règle générale de toutes les conventions)... en « termes exprès (règle spéciale des donations). » Comme je le fais remarquer dans ma citation, la première partie de l'article n'est que la reproduction des principes généraux du droit. — Elle dit ce que dit l'article 1134: « Les conventions légalement « formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, « ou pour les causes que la loi autorise, etc. » — Elle dit ce que dit le bon sens: point de contrat, sans le consentement des parties contractantes. — C'est la règle, règle qu'il était nécessaire de rappeler pour les donations, parce qu'on aurait pu induire du silence de la loi qu'il n'était pas indispensable de consentir à recevoir une libéralité, que la volonté du donateur suffisait, que celle du donataire devait se présumer toujours. Il importait de prévenir une telle erreur, en maintenant le principe qui régit tous les contrats, principe qui n'empêche nullement l'application de l'article 1125. Puis vient l'exception; l'article 932 va plus loin que l'article 1134, en ce que, dans les conventions ordinaires, le consentement n'a pas besoin de se traduire en termes exprès, tandis que c'est par des termes exprès que le donataire doit manifester son consentement, c'est-à-dire son acceptation. Je ne sache pas de meilleur commentaire de l'article 932 du Code Napoléon que l'article 6 de l'ordonnance de février 1731: « L'acceptation de la donation sera ex- « presse, sans que les juges puissent avoir aucun égard aux « circonstances dont on prétendrait induire une acceptation « tacite ou présumée, et ce quand même le donataire aurait « été présent à l'acte de donation, et qu'il l'aurait signé, ou « quand il serait entré en possession des choses données. » Mais comment voulez-vous que la formalité des *termes exprès*, qui

n'est que le signe extérieur du consentement, la parure de l'acceptation, modifie les qualités intrinsèques et substantielles de l'acceptation, du consentement? Comment voulez-vous qu'elle ait l'immense portée de changer les conditions de la capacité des personnes, de modifier le grand principe de l'article 1125? Le consentement qui, dans les autres conventions, s'induit facilement de la présence, de la coopération, de la signature des parties, doit, lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une donation, se formuler *en termes exprès*. Voilà tout; les règles qui concernent le consentement et la capacité des parties, restent intactes; l'article 932 se combine merveilleusement avec l'article 1125; il n'y a pas antinomie entre ces deux textes; leur alliance est facile.

L'acceptation peut être faite soit dans l'acte même de la donation, soit après coup. Si elle est faite dans l'acte, le législateur ne lui demande que de se produire *en termes exprès*. Si elle est faite après coup, il faut qu'elle soit constatée par un acte authentique, dont il reste minute; il faut qu'elle soit notifiée au donateur pour avoir effet à son égard. Voilà des formalités! L'article 932 les exige clairement; il est impératif; il n'admet ni doute, ni réplique.

L'acceptation est-elle faite, au nom du donataire, par un représentant, par un mandataire? L'article 933 indique la série des formalités à remplir: cette acceptation doit être faite par une personne fondée d'une procuration authentique; expédition doit en être annexée à la minute de la donation ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé. Tel est le langage de l'article 933. Nous allons voir si tel est aussi le langage de la loi vis-à-vis des femmes mariées, des mineurs, des interdits.

« La femme mariée, dit l'article 933, ne pourra accepter « une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas « de refus du mari, sans l'autorisation de la justice, *conformément* à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219. » Cet article déroge-t-il à la règle générale? Loin de là, il la rappelle, il la confirme; il nous renvoie aux articles 217 et 219, — par suite aux conséquences de ces articles; or l'observation des règles prescrites par ces textes ne donne lieu qu'à une nullité relative pour les actes qu'ils mentionnent; pourquoi en serait-il autrement pour la donation?

L'article 217 met d'ailleurs la donation elle-même sur la même ligne que les autres actes : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, *acquérir à titre gratuit ou onéreux*, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Ici, point de distinction, la règle est la même pour acquérir, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : *ubi lex non distinguit, et nos distinguere non debemus*. Les articles 217 et 934 ne dérogent pas l'un à l'autre ; ils s'enchaînent et se confirment ; l'article 934 affirme l'assimilation par l'expression même dont il se sert : *conformément aux articles 217 et 219!*

Mêmes principes pour les mineurs et les interdits : « La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par son tuteur, *conformément* à l'article 463, au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation. » Voilà ce que porte l'article 935 ; c'est ainsi qu'il nous renvoie aux règles générales du titre de la minorité, de la tutelle, de l'émancipation ; c'est ainsi que ces règles sont rappelées pour le mineur par l'article 935, comme pour la femme mariée par l'article 934.

Que dit l'article 463 ? « La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. » Ce texte ne s'exprime-t-il pas pour l'acceptation des donations, comme les articles 457 et suivants pour les autres contrats ? Est-ce que l'article 457 ne déclare pas que « le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles sans y être autorisé par un conseil de famille, etc. ? » Si l'article 457 ne donne lieu, en cas d'infraction, qu'à une nullité relative, si vous n'en pouvez pas faire sortir autre chose, comment donc voudriez-vous trouver dans les termes presque identiques de l'article 463 une nullité absolue ? Et, si vous ne trouvez pas cette nullité dans l'article 463, pourquoi prétendriez-vous la chercher dans l'article 935, qui se borne à vous renvoyer à l'article 463 ? Ce raisonnement me paraît mathématiquement concluant.

Qu'on veuille bien le remarquer : l'article 935 ne s'occupe pas de la forme, de l'authenticité, de la solennité de l'acte ; il s'agit, dans cet article, d'une question de capacité ; il s'agit des garanties protectrices de la minorité. De là, le renvoi pur



et simple au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation. Si la question des formes avait préoccupé le législateur, n'eût-il pas exigé que l'acte, indépendamment de l'acceptation du mineur assisté de son tuteur ou de l'acceptation du tuteur représentant le mineur, fit mention de l'autorisation du conseil de famille? N'eût-il pas exigé qu'une expédition de la délibération du conseil de famille fût annexée à la minute de la donation? N'eût-il pas édicté quelque mesure analogue à celles de l'article 932 ou de l'article 933? S'il n'en a prescrit aucune, n'est-ce pas qu'il laisse le consentement du mineur sous l'empire des règles ordinaires, quant au fond; qu'il se borne à le soumettre, dans la forme comme pour les majeurs, à la nécessité *des termes exprès*.

Que si le mineur accepte seul, sans l'autorisation du tuteur; ou si le tuteur qui l'assiste ou le représente, est lui-même dépourvu de l'autorisation du conseil de famille, l'acceptation est entachée de nullité, mais d'une nullité relative seulement. La nullité relative satisfait non-seulement au texte, mais à l'esprit de la loi. Craignez-vous que, par l'acceptation incomplète, quoique faite en termes exprès par le mineur, le donateur ne soit pas engagé suffisamment, qu'il ne soit pas engagé actuellement, irrévocablement? Craintes chimériques! Le donateur est engagé du jour de l'acceptation, il l'est, comme vous le voulez, actuellement, irrévocablement. La donation, j'en conviens, pourra être annulée, mais elle le sera par la volonté du donataire, non par celle du donateur, elle le sera par suite d'un vice inhérent à l'acceptation. L'article 944 dit bien : « Toute « donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution « dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle; » — Mais ici l'exécution de la condition ne dépend nullement du donateur; elle ne dépend que du donataire. — Ne redoutez pas davantage l'incertitude que la nullité relative peut faire planer sur la propriété des objets donnés. Cette incertitude sera celle que vous pouvez rencontrer, sans que la loi s'en offense, dans tous les contrats. L'article 938 dit : « La donation dûment ac- « ceptée (c'est-à-dire acceptée en termes exprès) sera parfaite « par le seul consentement des parties; et la propriété des ob- « jets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit be- « soin d'autre tradition. » N'est-ce pas ce que dit l'article 711 : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succes-

« sion, par *donation entre-vifs* ou testamentaire, et par l'effet  
 « des obligations ? » N'est-ce pas ce que répète l'article 1438 :  
 « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consen-  
 « tement des parties contractantes. Elle rend le créancier pro-  
 « priétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant qu'elle  
 « a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été  
 « faite, etc. » La loi n'aime pas plus l'incertitude de la propriété  
 dans les autres contrats que dans les donations ; mais sa haine  
 de l'incertitude ne va pas jusqu'à proscrire les nullités relatives,  
 pour ne laisser place qu'aux nullités absolues. Bien plus, la con-  
 dition résolutoire de l'article 1184 est une menace perpétuelle-  
 ment suspendue sur tous les contrats, même sur les donations,  
 sans que la loi proteste au nom de la certitude en matière de  
 propriété. Le dol, la fraude, la violence ne vont guère sur-  
 prendre l'acceptation d'une donation ; mais ce sont des moyens  
 qui peuvent jouer leur rôle pour déterminer l'acceptation d'un  
 partage fait sous la forme de la donation : faut-il aller jusqu'à  
 soutenir que le donateur pourrait faire annuler la libéralité, en  
 invoquant l'erreur du donataire, en s'armant du dol ou de la  
 violence qu'il a exercée pour obtenir l'acceptation du donataire ?  
 Les tenants de la nullité absolue ne devraient pas reculer devant  
 cette extrême conséquence ; car l'erreur, le dol, la violence,  
 rendent les effets de l'acceptation aussi incertains que l'incapa-  
 cité du mineur, *falsum consequens !*

Mais non ; soyons aussi sévères que la loi, exigeons avec elle  
 l'acceptation en termes exprès, à peine de nullité ; mais ne  
 soyons pas plus sévères qu'elle ; n'exagérons pas les qualités  
 requises dans cette acceptation ; c'est le consentement du do-  
 nataire, consentement qui, dès là qu'il est écrit en termes ex-  
 près, produit les mêmes effets, et suit les mêmes règles que  
 dans les autres contrats.

La loi se montre même plus facile pour ce consentement,  
 lorsqu'il s'applique à l'acceptation d'une donation ; car ce  
 n'est pas seulement au tuteur du mineur non émancipé, au  
 curateur du mineur émancipé qu'elle permet d'accepter ; elle  
 étend cette faculté à tous les ascendants des mineurs : « Les  
 « père et mère du mineur, émancipé ou non émancipé, ou les  
 « autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoi-  
 « qu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourraient  
 « accepter pour lui. » Quand la loi est si favorable à l'accep-

tation, quand elle prodigue la faculté d'accepter, quand l'article 935 lui-même promulgue cette faveur légale, n'allons pas facilement y puiser des armes contre le mineur; n'allons pas chercher des entraves à l'acceptation, là où la loi prend à tâche d'écarter toute entrave.

La théorie de la nullité absolue en cette matière est fille de l'ancienne jurisprudence, fille dont la légitimité est contestable. Déjà nous avons vu sur ce point le conflit qui s'élève entre l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1816 et les arrêts des Cours de Nîmes, 12 août 1808, et Douai, 6 août 1823. Même conflit parmi les anciens auteurs : si le système de la nullité absolue compte parmi ses partisans Furgole, Sallé, Damours, Boutaric, Rousseau de Lacombe, le système de la nullité relative peut opposer à ces noms ceux de Pothier, de Prévost de la Janès, de Bourjon, de Bergier, qui eux-mêmes s'appuient sur deux arrêts, l'un du Parlement de Bordeaux, août 1777; l'autre du Parlement de Paris, 10 février 1781.

Un simple coup d'œil sur les articles 7 et 14 de l'ordonnance de février 1731, sur les donations, nous convaincra que cette ordonnance ne prononçait pas la nullité absolue. L'article 7 portait : « Si le donataire est mineur de vingt-cinq ans, l'acceptation pourra être faite pour lui, soit par son tuteur, ou son curateur, soit par ses père ou mère ou autres ascendans, même du vivant du père ou de la mère, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parents pour rendre ladite acceptation valable. »

Point là de nullité absolue. En vain la Cour de cassation, dans son arrêt du 11 juin 1816, invoque l'article 14 : « Les mineurs, les interdits, l'Église, les hôpitaux, communautés ou autres qui jouissent des privilèges des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'acceptation des donations entre-vifs; le tout sans préjudice du recours, tel que de droit, desdits mineurs ou interdits contre leurs tuteurs ou curateurs, et desdits églises, hôpitaux, communautés ou autres jouissant des privilèges des mineurs contre leurs administrateurs, sans qu'en aucun cas la donation puisse être confirmée, sous prétexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels ledit recours pourra être exercé. »

Le mineur, dit la Cour de cassation, si l'acceptation n'est pas valable, n'a qu'une ressource, son recours contre le tuteur!

Oui, le recours contre le tuteur est l'unique ressource du mineur, quand, par suite de la négligence du tuteur, il y a *défaut d'acceptation*; mais c'est ajouter aux rigueurs de l'ordonnance que de mettre sur la même ligne le *défaut d'acceptation* et le *défaut d'acceptation valable*. Quand l'acceptation n'est pas valable, dans quelle mesure ne l'est-elle pas? Là est la question; frapper une telle acceptation d'une nullité radicale, cela est certainement dépasser le texte de l'ordonnance.

Mais la nullité absolue respecte-t-elle du moins l'esprit de l'ordonnance, l'intention de celui qui en est l'auteur, le vœu du chancelier d'Aguesseau? Après un examen consciencieux de la question, je déclare que le doute est au moins permis; et, s'il y a doute, il me semblerait bien rigoureux qu'on inclinât vers la nullité absolue plutôt que vers la nullité relative, vers la solution défavorable au mineur plutôt que vers celle qui lui est favorable.

Je ne veux pas tirer avantage de ce que disait d'Aguesseau, le 23 juin 1693, dans la cause de M. le président de Bailleul :  
 « Nous n'ajouterons point ici une question qui a été autrefois  
 « fort célèbre, si l'acceptation et l'insinuation étaient néces-  
 « saires dans la donation faite à l'Église ou aux mineurs. —  
 « Les anciens docteurs, et entre autres Decius, sur l'autorité  
 « des lois romaines, avaient cru qu'on pouvait les excepter  
 « de la règle générale; Dumoulin les a combattus, et vos der-  
 « nières arrêts ont suivi son opinion. — La maxime est certaine.  
 « L'ordonnance n'excepte personne; *mais il faut distinguer*  
 « *ici ceux qui attaquent une donation, et ceux qui l'ont faite.* —  
 « Lorsque des créanciers, même des héritiers, combattent une  
 « donation faite à leur préjudice, ils peuvent profiter du défaut  
 « de formalités. Mais lorsqu'un tuteur veut opposer ce défaut  
 « à son mineur, quoiqu'en ce cas la donation ne puisse valoir  
 « contre d'autres, elle vaut cependant contre lui, en consé-  
 « quence de cette règle si connue : *Quem de evictione tenet*  
 « *actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

Ainsi parlait d'Aguesseau en 1693. Même en présence d'un défaut complet d'acceptation, il distinguait ceux qui peuvent profiter du défaut de formalités, et ceux qui n'en peuvent pas profiter; il était sur la pente des nullités relatives plutôt que sur celle des nullités absolues. — Mais ne nous arrêtons pas à cette affaire : d'Aguesseau y parle comme avocat général, et

non comme chancelier; c'était en 1693, et nous recherchons ce qu'il pensait en rédigeant l'ordonnance de 1731.

Sur les remontrances du Parlement de Bordeaux, l'illustre chancelier dit : « La décision de l'article 7 est fondée sur l'intérêt même des mineurs de vingt-cinq ans; si cet article leur est favorable d'un côté, en ordonnant que les donations faites à leur profit pourront être acceptées, même par leur père, mère ou autres ascendants, il ne leur est pas moins avantageux de l'autre, en les empêchant de se précipiter dans les engagements surpris sous l'apparence d'une donation. Il est vrai qu'ils ne peuvent contracter que sous le bénéfice de la restitution en entier; mais les lois romaines mêmes nous avertissent qu'il vaut mieux prévenir le mal, que d'attendre qu'il soit fait pour y apporter le remède. Enfin, l'usage d'une très-grande partie du royaume étant d'exiger l'autorité du tuteur ou du curateur pour *la validité de l'acceptation*, c'est un des points dans lesquels l'avantage de l'uniformité et l'intérêt public doivent l'emporter sur toute autre considération. » (Lettre du 25 juin 1731.)

Les mêmes explications sont adressées par le chancelier, le 30 juin 1731, au Parlement de Toulouse, qui, comme celui de Bordeaux, fit des remontrances avant d'enregistrer l'ordonnance. Pour apprécier la portée de ces explications, il faut surtout se bien pénétrer de l'objection qu'elles ont pour but de résoudre, de la difficulté qu'elles s'efforcent d'aplanir. Le Parlement de Bordeaux et celui de Toulouse, que prétendaient-ils? Ils voulaient que, selon la loi romaine, le mineur pût accepter une donation sans l'autorisation du tuteur, à la différence des contrats à titre onéreux auxquels il ne pouvait pas souscrire sans cette autorisation. Là était toute la question. Le chancelier répondait : dans le Parlement de Bordeaux et dans celui de Toulouse, vous tenez pour maxime que le mineur, par cela qu'il peut rendre sa condition meilleure, peut aussi, sans l'autorisation du tuteur, valablement accepter une donation. Vous pensez que, s'il s'engage témérement, il trouvera un remède suffisant au mal dans la restitution en entier. Non, il vaut mieux prévenir un engagement fâcheux que de se mettre dans la nécessité d'en arrêter les effets; il vaut mieux déclarer au mineur qu'il ne devra pas accepter seul une donation; qu'il devra s'entourer des lumières d'un homme capable d'apprécier

toutes les conséquences de l'acceptation; que son acceptation ne sera valable qu'autant qu'elle aura été faite avec l'autorisation du tuteur. D'Aguesseau va-t-il plus loin? Déclare-t-il que, si le mineur accepte sans autorisation, la donation sera nulle, radicalement nulle, inexistante? Je ne le crois pas; il se borne à dire que « l'autorité du tuteur est exigée pour la *validité* de l'acceptation; » que si elle est faite sans l'autorisation du tuteur, elle n'est pas valable; — mais il ne dit pas qu'elle sera non valable vis-à-vis de tous; il ne dit pas que toute partie intéressée pourra se prévaloir de la nullité.

On ne s'imagine pas, je le suppose, qu'en opposant le bénéfice de la restitution en entier, qu'il trouve insuffisant, à la nullité, qu'il fait résulter directement du défaut d'autorisation, — d'Aguesseau entend établir la distinction de la nullité relative et de la nullité absolue. L'erreur serait forte. Les mineurs pouvaient se faire restituer contre tous les actes qui leur étaient préjudiciables, contre les actes à titre gratuit aussi bien que contre les actes à titre onéreux, contre les actes souscrits par eux seuls et même contre les actes par eux souscrits avec le consentement de leur tuteur. C'était là un droit qui appartenait au mineur, dont il pouvait se prévaloir, sans qu'on pût s'en prévaloir contre lui; sous ce rapport, il y a bien quelque parité entre la nullité relative et la restitution en entier. Mais ce n'est pas à ce point de vue que se place d'Aguesseau. Il dit : Vous considérez la restitution en entier comme suffisante contre une acceptation imprudente faite valablement par le mineur seul. Je ne partage pas votre avis : la restitution suppose un engagement valable; et, quand l'engagement est valable, les juges ne peuvent pas le déclarer nul; il faut s'adresser au prince pour obtenir des lettres de rescision; ces lettres ne s'obtiennent qu'à la condition de prouver que le mineur a été lésé par une téméraire acceptation. Désormais, nous voulons que la nullité soit écrite dans l'ordonnance : c'est dire aux mineurs comme à ceux qui contractent avec eux, que les mineurs ne seront liés même par l'acceptation d'une donation qu'avec le consentement du tuteur; c'est dire aux juges : quand le mineur aura accepté une donation sans ce consentement, vous n'aurez pas besoin de renvoyer le mineur à se pourvoir auprès du prince en lettres de rescision; vous pourrez prononcer vous-même la nullité. Ne vous laissez pas arrêter par la

maxime : « Les voies de nullité n'ont point lieu en France. » A dater de ce jour la nullité est écrite dans l'ordonnance, dans la loi; vous appliquerez la loi. — Certes, ce n'était pas une médiocre réforme que cette substitution de la nullité directe, écrite dans la loi, appliquée par les juges, à l'ancienne restitution en entier, qu'il fallait obtenir du prince, en prouvant la lésion, et qui se monumentait dans des lettres de rescision, dont il n'est peut-être pas inutile de rappeler la formule : « A ces causes, désirant subvenir à nos sujets, faisons commandement à tel juge.... que s'il lui appert de ce que dessus, notamment, etc....., il ait à remettre les parties en tel et semblable état qu'elles étaient auparavant le contrat d'un tel jour, que nous ne voulons nuire ni préjudicier à l'exposant, et dont en tant que besoin est ou serait, nous l'ayons relevé et relevons par ces présentes. » On voit l'immense différence qui existe entre la restitution en entier et la nullité créée par l'ordonnance, œuvre de d'Aguesseau et officiellement commentée par son auteur. Mais d'Aguesseau a-t-il ajouté que cette nullité serait absolue? On le prétend; je ne le vois pas.

Voudrait-on induire la nullité absolue de ces mots : « L'autorité du tuteur est exigée pour la *validité* de l'acceptation? » Pour la validité, oui; mais non pour l'existence. Les conventions, comme les hommes, peuvent exister, sans être toujours valides. Notre Code ne dit-il pas, dans l'article 1108, que « Quatre conditions sont *essentiell*es pour la *validité* d'une convention : le consentement, la capacité, etc.? » L'article 1109 n'ajoute-t-il pas : « Il n'y a pas de consentement *valable*, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol? » Et quelqu'un oserait-il soutenir que les articles 1108, 1109 et tant d'autres qu'il est inutile de citer, ne donnent naissance qu'à des nullités absolues? Pourquoi donc voudrait-on donner au mot *validité* dans la lettre du chancelier d'Aguesseau une énergie qu'il n'a pas dans nos lois?

Certes, c'est une grande autorité que celle de d'Aguesseau, dans cette matière surtout. L'ordonnance de 1731 est son œuvre; cette œuvre, prélude de l'uniformité de notre législation, il a dû la faire accepter à des Parlements dont quelques-uns refusaient de l'enregistrer; il la leur a expliquée; il l'a commentée; et son commentaire peut être considéré comme

l'esprit de l'ordonnance; l'ordonnance elle-même a servi de type au législateur de 1803, quand il a promulgué le titre des Donations entre-vifs. Invoquer l'autorité de d'Aguesseau, c'est invoquer l'autorité du père de la loi. Eh bien! je le demande, vous qui prétendez qu'il a posé la théorie de la nullité absolue; qu'il l'a posée dans ses lettres aux Parlements de Bordeaux et de Toulouse, ne craignez-vous pas de lui avoir prêté des idées qui étaient les vôtres, mais non les siennes? Il avait bien assez à faire de répondre aux remontrances des Parlements, sans aller au-devant des objections qui ne lui étaient pas faites, et qui ne pouvaient le conduire qu'à de nouvelles résistances de la part des grands Corps judiciaires avec lesquels il était en lutte. Or la distinction des nullités absolues et des nullités relatives n'était pas en jeu; la plus vulgaire prudence lui commandait de ne pas la jeter dans les débats, au risque de soulever des tempêtes.

Voyez comment, dans sa lettre au Parlement de Besançon (22 mai 1831), il concentre la discussion sur son véritable objet : « L'observation du Parlement sur l'article 7 n'a point « de rapport au véritable objet de cet article. — Il n'y était « pas question de distinguer les mineurs qui peuvent agir par « eux-mêmes avec l'assistance de leur curateur, et ceux qui « doivent être représentés par leur tuteur stipulant pour eux. « C'est ce qui dépend des différentes lois ou des différents « usages qu'on observe dans le royaume, lois ou usages qui ne « sont point abrogés par l'ordonnance du mois de février, et « auxquels le roi donnera son attention, quand il s'agira de la « matière des tutelles et des curatelles. On ne pouvait donc, ni « on ne devait entrer, quant à présent, dans la distinction des « différents états des mineurs; *et Sa Majesté s'est contentée « d'établir ou de confirmer cette règle générale, que les tuteurs « peuvent accepter les donations qui sont faites à leurs mineurs; « ce qui doit avoir lieu, sans doute, dans tous les lieux et « dans tous les cas où les mineurs ne sont pas capables de les « accepter eux-mêmes.* » On pourra trouver les mêmes réserves dans les lettres écrites par le chancelier, le 22 juillet 1731, au premier président du Parlement de Normandie; le 21 avril, au Parlement de.....; le 19 mai, à celui de Grenoble.

Dans cette dernière, en s'expliquant sur les donations à cause de mort, il réserve avec soin les questions de capacité :



« Sa Majesté n'a jamais pensé à ôter aux fils de famille la liberté  
« de faire des donations à cause de mort, avec la permission  
« de leur père. Elle a voulu seulement les assujettir à suivre  
« la forme extérieure des codicilles..... C'est ce qui sera ex-  
« pliqué encore plus exactement, quand le roi réglera ce qui  
« regarde la capacité des donateurs et des donataires, ainsi  
« que celle des testateurs et celle des héritiers ou des léga-  
« taires. Il n'est pas possible de tout régler en même temps;  
« et, pour bien juger d'un ouvrage aussi étendu que celui dont  
« il s'agit, il faut attendre que toutes les parties en soient  
« achevées, et qu'elles se prêtent un secours mutuel par leur  
« réunion. »

Je ne crois pas avoir été trop loin, on peut en juger main-  
tenant, en affirmant qu'il n'est pas certain que, dans ses ré-  
ponses aux observations ou aux remontrances des Parlements,  
d'Aguesseau se soit prononcé pour la nullité absolue d'une  
donation acceptée par le mineur sans l'autorisation du tuteur.  
Il a établi le principe, la nullité; il ne s'est pas expliqué sur  
les conséquences. L'auteur de la célèbre ordonnance de février  
1731 ne fournit point d'armes contre le système de la nullité  
relative que je défends.

En résumé, qu'ai-je constaté? Division sur la nature de la  
nullité dans l'ancien droit, sous l'empire de l'ordonnance de  
1731, comme dans le droit actuel, sous l'empire du Code Na-  
poléon; — division dans la jurisprudence, entre les arrêts des  
Cours; division dans la doctrine, entre les opinions des auteurs.  
J'ai osé prendre part à cette grave discussion; je m'y suis jeté,  
je le sens, avec des forces bien inégales : mais j'en sors avec  
une profonde conviction : c'est que, malgré la victoire donnée  
aux partisans de la nullité absolue par les derniers arrêts  
(Rouen, 27 février 1852; Caen, 8 mai 1854), c'est à la théorie  
de la nullité relative qu'appartient l'avenir.

THÉODORE DEROME.

*(La suite à une autre livraison.)*

---

## DE LA SUBROGATION AUX DROITS D'HYPOTHÈQUE

ET DES SOUS-ORDRES.

Par M. Ch. BEUDANT, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

## I.

1. On a prétendu bien souvent, et l'on entend encore dire chaque jour que la codification a tué la science du droit, réduite désormais à ne pas franchir les limites étroites d'un texte.

C'est là une allégation erronée : l'œuvre juridique ne s'achève jamais, ou plutôt elle recommence sans cesse. Chaque jour le progrès des idées, les exigences de la pratique, les suggestions de l'intérêt individuel font naître des aspects imprévus, des combinaisons inconnues la veille d'où sortent des théories nouvelles. Ainsi s'élabore la coutume, expression spontanée des besoins de chaque jour; jamais loi n'en arrêtera le développement.

2. Aucun fait ne démontre ce caractère progressif de la législation mieux que l'usage journalier de la convention connue sous le nom de « subrogation à l'hypothèque légale des femmes, » appellation désormais consacrée, puisqu'elle a pour elle l'autorité de la tradition et celle de la loi.

Quelle est la nature juridique de cette convention? Quels effets précis produit-elle? Aucun texte ne le dit. Œuvre des praticiens, elle est née des circonstances et s'est développée lentement, en dehors des textes; nulle part elle n'est définie ni réglementée. A peine est-elle mentionnée dans deux documents législatifs : l'un, le décret du 28 février 1852, qui en indique incidemment une application (art. 8 et 20); l'autre, la loi du 23 mars 1855, qui ne s'en occupe que pour l'assujettir à certaines conditions de forme et de publicité réclamées depuis longtemps par l'expérience (art. 9).

Cependant la clause de subrogation est aujourd'hui d'un usage si fréquent que l'on peut presque dire qu'elle est de style dans tout acte où intervient une femme mariée; elle occupe déjà, dans la doctrine et dans la jurisprudence, une place si consi-

dérable, que M. Bertauld vient récemment de consacrer un volume entier, et chaque jour des points de vue nouveaux surgissent, à exposer les principes qui la régissent <sup>1</sup>.

3. Non-seulement la loi est muette sur cette convention, mais on peut ajouter que son esprit général semblait s'opposer à ce qu'elle fût admise.

De quelque manière, en effet, qu'on l'envisage, quelque forme et quelque nom que lui donne la volonté libre des parties, la subrogation se présente toujours comme une opération par laquelle la femme abdique, au profit de tiers, les garanties hypothécaires que la loi lui donne sur les biens du mari pour sûreté de ses reprises. Tantôt la femme subroge son créancier personnel : c'est un moyen pour elle de transformer l'hypothèque légale en élément de crédit à son profit; tantôt elle subroge un ayant cause de son mari : c'est un moyen de reconstituer le crédit du mari en soustrayant aux effets de l'hypothèque légale ceux qu'elle menace ou en leur en transférant le bénéfice. Dans tous les cas, l'hypothèque légale est détournée de sa destination primitive; elle cesse de protéger les reprises de la femme, et devient, ce qui est plus grave peut-être, un moyen de faciliter des opérations qu'elle était précisément destinée à entraver. Or si le législateur a donné à la femme des garanties exceptionnelles, c'est qu'il a jugé que la situation que font à l'épouse nos mœurs et nos lois exige qu'elle ne soit pas laissée sous l'empire du droit commun; n'est-ce pas tromper ses vues, paralyser sa prévoyance, et dès lors sortir de la légalité, que de faire servir l'hypothèque légale à une autre fin que celle en vue de laquelle elle a été accordée? La considération de la personne est évidemment ici la cause principale des droits reconnus à la femme mariée; ils lui sont tout personnels. Elle ne doit pas être autorisée à en abdiquer le bénéfice. De deux choses l'une : ou les garanties exceptionnelles que la femme reçoit de la loi lui sont nécessaires, et alors il ne faut pas qu'elle puisse, cédant à l'obsession ou à une déférence aveugle, s'en dépouiller au profit de tiers; ou ces garanties exceptionnelles ne lui sont pas indispensables, et alors il n'y a plus de raison pour la soustraire au droit commun.

<sup>1</sup> *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*; in-8°, 1864.

Aussi la légalité des conventions dont l'effet est de transférer à des tiers, sous quelque forme que ce soit, les droits hypothécaires de la femme a longtemps fait doute dans la pratique; elle éveille encore parfois des scrupules dans la doctrine. Qu'on lise pour s'en convaincre, en note d'un arrêt de la Cour de Paris du 26 janvier 1819, une très-bonne dissertation de M. Rolland de Villargues<sup>1</sup>; le savant magistrat y soutenait vivement l'affirmative dans une question encore discutée. En 1848, au moment où s'élaboraient les projets de réforme hypothécaire, M. Laferrière écrivait encore : « L'hypothèque légale de la femme est établie dans l'intérêt sacré de la famille; elle doit être exclusivement attachée à cet intérêt, et il doit être défendu à la femme d'en faire la cession à un tiers, sous quelque forme que ce soit<sup>2</sup>. »

4. Les exigences de la pratique ont été plus fortes que les scrupules et les indécisions; la valeur législative des conventions de subrogation pouvait encore être contestée, leur légalité ne l'était plus quand la loi du 23 mars 1855 est venue les consacrer définitivement.

On avait observé, en effet, qu'il y aurait erreur à croire que la femme compromette toujours ses intérêts en cédant son hypothèque légale. Si la subrogation a parfois les caractères d'un acte de désintéressement, elle a souvent ceux d'une spéculation; et comme la femme, en devenant épouse, reste capable, elle est la meilleure juge de l'usage qu'il lui convient de faire des droits que la loi lui accorde. Ce qui prouve d'ailleurs péremptoirement la légalité des subrogations consenties par la femme, c'est qu'elles se présentent souvent comme conséquence légalement forcée d'actes en eux-mêmes certainement légitimes. La femme mariée peut s'engager personnellement (art. 217 C. N.); elle peut cautionner son mari, et se constituer débitrice solidaire avec lui (art. 1431 C. N.); or en s'obligeant ainsi elle oblige tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir (art. 2092 C. N.) : il ne peut donc lui être interdit d'engager et dès lors d'exposer ses reprises comme tout autre élément de sa fortune. Dès que ses créanciers, en

<sup>1</sup> Sirey, col. n. t. VI, 2, 12.

<sup>2</sup> *Revue de droit français et étranger*, t. V, p. 690. — *Comp. Documents sur le régime hypothécaire*, t. II, p. 279, 329 et 450.

l'absence de toute affectation spéciale, et par la seule application des principes du droit commun, peuvent saisir et faire vendre sa fortune, comment n'en pourrait-elle pas affecter une partie déterminée à un ou plusieurs d'entre eux? Cette affectation spéciale n'est pas autre chose que la subrogation. Ou il faudrait limiter par de nouvelles entraves la capacité de la femme mariée, ressusciter le sénatus-consulte Velléien, ou il faut reconnaître qu'elle peut faire directement ce qu'elle est autorisée à faire indirectement, c'est-à-dire abdiquer pendant le mariage ses sûretés hypothécaires, les céder ou y subroger.

Tout ce que l'on peut induire de la fréquence des actes par lesquels les femmes renoncent à leur hypothèque au profit de tiers, c'est que la loi leur a donné des garanties dont elles ne sentent pas le besoin, qu'elles regardent parfois comme dangereuses; c'est qu'il eût été peut-être préférable de les laisser sous l'empire du droit commun. Les femmes, quoi qu'on puisse dire, sont tout aussi ménagères de leurs intérêts que les hommes; elles savent tout comme eux, pour le moins, les défendre. Henri IV le savait bien quand, par l'ordonnance de 1606, il déclarait leurs engagements valables, quoiqu'elles n'eussent pas renoncé au sénatus-consulte Velléien. Pourquoi leur conférer aujourd'hui, presque leur imposer, par suite d'une situation qui est toujours, il ne faut pas l'oublier, volontaire de leur part, une faveur dont elles n'usent ensuite qu'en la détournant de sa destination prévue?

5. Quoi qu'il en soit, la loi du 23 mars 1855 n'a fait que se conformer aux dispositions, disparates peut-être, du moins sainement entendues du droit commun, en validant définitivement, à la suite d'une pratique universelle et d'une jurisprudence constante, les conventions relatives à l'hypothèque légale des femmes mariées.

6. La question de légalité est résolue; l'ère de la controverse n'est cependant pas fermée. La loi du 23 mars ne sera qu'une étape, un point d'arrêt dans l'histoire de la subrogation; elle n'a envisagé qu'un côté restreint d'un problème plus général, auquel, même dans ces limites, elle n'a donné qu'une solution insuffisante, et qui attirera tôt ou tard l'attention du législateur, car il intéresse à un haut point le crédit public. Ce problème est le suivant : il s'agit de savoir comment, et dans

quelle mesure, les privilèges et les hypothèques quelles qu'elles soient, légales, conventionnelles ou judiciaires, peuvent devenir un moyen de crédit pour celui à qui ils appartiennent.

7. En effet, il y aurait erreur à croire que la convention de subrogation ne soit possible et n'intervienne qu'à propos de l'hypothèque légale des femmes; elle est également utile appliquée à toute garantie hypothécaire. Ce que veut un créancier en se faisant subroger à l'hypothèque légale, c'est d'être substitué à la femme, à l'exclusion de ses cocréanciers, dans le bénéfice qui résulte pour elle de son hypothèque, c'est finalement d'être payé, sur l'émolument que pourra procurer l'exercice des reprises, par préférence aux autres créanciers; de son côté, ce que se propose la femme en subrogeant, c'est, dans l'intérêt de son crédit, d'offrir au créancier une sécurité plus réelle que celle qui résulte du gage général accordé à la masse (art. 1166 et 2092 C. N.), en l'autorisant à exercer à son profit exclusif les droits hypothécaires qu'elle pourrait elle-même faire valoir. Or quelle que soit la qualité des débiteurs, la même situation est à prévoir et peut conseiller l'emploi de la même combinaison; on comprend toujours que le créancier ne se contente pas du gage général accordé à la masse, lequel ne donne qu'un droit de concours, qu'il veuille s'assurer une collocation par préférence sur les deniers à provenir de l'exercice d'une créance déterminée, et pour cela qu'il se fasse substituer dans l'hypothèque qui en assure le recouvrement; on comprend également que le débiteur, dans l'intérêt de son crédit, consente à affecter spécialement et à titre de préférence, comme sûreté de ce qu'il doit, tout ou partie des deniers à provenir d'une ou de plusieurs de ses créances, et pour cela qu'il cède à son créancier, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, la garantie hypothécaire qu'il pourrait faire valoir lui-même <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tous les auteurs reconnaissent que la loi du 23 mars 1855, dans son art. 9, ne s'occupe, sans que l'on puisse dire pourquoi, que des subrogations qui ont l'hypothèque légale des femmes mariées pour objet; les autres restent soumises au droit commun, et ne sont dès lors assujetties pour leur validité, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, à aucune condition de forme ni de publicité. C'est là une lacune regrettable. La pratique ancienne, de l'avis de tout le monde, était pleine de dangers; elle était, a-t-on dit, un appât à la fraude et à l'immoralité: quelles raisons peut-il y avoir de lais-

Si les conventions de subrogation ont été jusqu'ici plus fréquentes appliquées à l'hypothèque légale des femmes qu'aux autres garanties hypothécaires, cela tient à des raisons qui n'ont rien d'exclusif. L'hypothèque légale des femmes protège des échéances à long terme et des créances éventuelles; elle n'est pas, tant que dure le mariage, d'une utilité actuelle et immédiate : il est tout simple que l'on ait promptement songé à l'utiliser transitoirement, comme moyen de crédit, avant de la faire servir à sa fin véritable. Et puis, il ne faut pas l'oublier, les garanties exceptionnelles données à la femme ne lui sont souvent d'aucune utilité, si on les limite à leur destination légale; on a dû penser promptement, vu surtout l'unité d'intérêt qui existe entre le mari et la femme, à les détourner de cette destination pour leur donner un autre emploi. Mais, je le répète, ces raisons n'ont rien d'exclusif. Le procédé de la subrogation apparaît chaque jour dans la pratique appliquée à d'autres garanties hypothécaires que celles de la femme, spécialement au privilège du vendeur non payé; il a fini par être considéré comme un moyen d'affecter une créance hypothécaire à l'acquit d'une obligation, comme l'on ferait d'un immeuble, de l'hypothéquer en quelque sorte en autorisant le subrogé à l'exercer à son profit exclusif, c'est-à-dire à être payé sur les deniers en provenant, non par contribution, mais par préférence. Le débiteur trouve dans cette combinaison un crédit que ne lui donnerait pas l'offre du gage collectif du droit commun; le créancier y trouve la sécurité pour ses droits : elle est donc d'une utilité manifeste.

8. Tel n'est pas cependant l'avis de M. Troplong : « l'hypothèque accordée à un créancier sur les actions de son débiteur, dit-il à propos d'une autre question, n'ajouterait rien aux droits

ser subsister dans tous les autres cas des inconvénients auxquels on a cru nécessaire d'obvier dans un cas particulier? Les lois des autres pays de l'Europe sont, à cet égard, supérieures à la nôtre. C'est à elles que nous avons emprunté l'authenticité et la publicité, comme moyens d'empêcher que les subrogations ne puissent nuire aux attentes légitimes des intéressés; pourquoi avoir restreint à une hypothèse les sages précautions dont elles nous conseillaient l'emploi dans toutes (Anthonie Saint-Joseph, *Concordance entre les lois hypothécaires*; introduction, p. 51)? Sous ce rapport, la loi de 1855 est insuffisante; la fréquence croissante des subrogations, autres que celles consenties par des femmes mariées, appellera incontestablement la généralisation des prescriptions de l'article 9.

qu'il a déjà ; car il peut exercer toutes les actions de son débiteur comme s'il en était propriétaire ; c'est donc beaucoup plus que si ces actions lui étaient seulement hypothéquées <sup>1</sup>. » C'est là une méprise évidente de la part de l'éminent jurisconsulte. Pas plus que la saisie-arrêt, l'exercice des droits et actions des débiteurs, aux termes de l'article 1166 du Code Napoléon, ne donne au poursuivant un droit de préférence sur les deniers obtenus ; il ne peut venir sur eux que par contribution avec ses cocréanciers, à moins qu'il ne puisse invoquer quelque cause de préférence ; or l'affectation par hypothèque aurait précisément pour effet de lui en assurer une. Entre le créancier qui aurait hypothèque sur les créances de son débiteur et celui qui ne ferait que les exercer aux termes de l'article 1166, il y aurait toute la différence qui sépare un créancier hypothécaire d'un créancier chirographaire.

Là preuve d'ailleurs que l'affectation spéciale d'une créance à l'acquit d'une obligation n'est pas inutile, c'est d'abord que la loi prévoit qu'elle peut résulter d'une constitution de gage (art. 2075 C. N.) ; c'est en second lieu qu'elle résulte chaque jour des subrogations au droit d'hypothèque consentie par un débiteur au profit de ses créanciers : c'est là en effet, nous l'avons déjà observé, la conséquence pratique et vraie des conventions vulgairement désignées sous cette appellation.

9. Ainsi envisagée la théorie de la subrogation aux droits d'hypothèque n'est autre que celle des droits possibles des créanciers sur les créances hypothécaires de leur débiteur ; c'est assez dire quelle est son importance. Il serait difficile de déterminer le chiffre exact de notre dette hypothécaire, car il y a des inscriptions qui figurent encore sur les registres et qui devraient être radiées, d'autre part il y a des hypothèques occultes que les registres ne mentionnent pas ; cependant, en faisant la part de ces deux causes d'erreur, les statistiques les plus réservées regardent ce chiffre comme atteignant 7 à 8 milliards. Or une bonne hypothèque vaut un immeuble, au point de vue de la sécurité qu'elle offre aux créanciers ; ce serait certainement faire une chose utile que de régulariser cet élément considérable de crédit, et d'en faciliter l'emploi.

Nos lois actuelles, sous ce rapport, sont-elles au niveau des

<sup>1</sup> *Hypothèques*, art. 2118, n° 406.



besoins du temps? Pour répondre à cette question en connaissance de cause, il ne sera pas inutile d'examiner préalablement comment on a réglé, dans le passé, les droits des créanciers sur les créances de leurs débiteurs, spécialement comment les créanciers ont successivement pu tirer crédit de leurs créances hypothécaires.

## II.

10. Les Romains avaient recours, dans ce but, au *pignus nominis* ou au *pignus pignoris*.

Tantôt le débiteur donnait en gage à son propre créancier, *secundus creditor*, la créance qu'il avait contre un tiers : « *Si convenerit ut nomen debitoris mei pignori tibi sit*; » l'impignoration de la créance transportait au créancier sous-gagiste, outre l'action personnelle contre le débiteur, l'avantage de l'hypothèque qui garantissait la créance remise en gage. Si cette créance avait pour objet une somme d'argent, le sous-créditeur en retenait le montant jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû; si elle avait pour objet un corps certain, il le gardait comme gage : « *Si ergo id nomen pecuniarium, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id, quod perceperis, erit tibi pignoris loco* <sup>1</sup>. »

Tantôt le débiteur, conservant l'exercice de l'action personnelle contre son propre débiteur, affectait par hypothèque la chose qui lui avait été hypothéquée à lui-même dans la limite du droit qu'il avait acquis sur elle : « *Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit*. » La deuxième hypothèque était ainsi établie sur le même objet que la première, mais en sous-ordre; l'émolument en appartenait au *secundus creditor* : *exacta pecunia creditorem secum pensaturum...*; le surplus revenait au créancier principal <sup>2</sup>.

Dans les deux cas, les droits du *secundus creditor* étaient de plus garantis par cette règle : le débiteur primitif ne devait plus payer qu'entre les mains du sous-gagiste, à partir de la notification à lui faite de la constitution du *sub pignus* <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L. 18 pr., D., *De pign. actione* (XIII, 7).

<sup>2</sup> L. 13, § 2, D., *De pign. et hypoth.* (XX, 1). — *Adde* L. 1, C., *Si pignus pign. datum sit* (VIII, 24).

<sup>3</sup> L. 4, C., *Quæ res pign. oblig. possunt* (VIII, 17).

11. Y avait-il entre ces deux hypothèses une différence réelle, ou bien le *pignus pignoris* équivalait-il au *pignus nominis*, celui-là emportant comme celui-ci hypothèque sur la créance elle-même? Il y a controverse sur ce point entre les interprètes<sup>1</sup>. Il est probable, quoique les textes ne soient pas concluants, que les deux opérations n'en faisaient qu'une et n'avaient de différent que le nom. La loi 13, *De pignoribus et hypothecis*, suppose si bien cette identité que, s'occupant du *pignus pignoris* :... *cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit*..., elle résout la question posée en parlant du *pignus nominis* : *si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum sit*, etc. En tout cas, le résultat est certainement le même : le créancier sous-gagiste obtenait toujours le droit de s'approprier l'émolument de la créance hypothécaire jusqu'à due concurrence.

12. Les créanciers hypothécaires avaient donc sur les créances de leur débiteur les mêmes droits que sur les autres objets composant son patrimoine. C'était la conséquence naturelle d'un système qui admettait l'hypothèque sur les meubles comme sur les immeubles<sup>2</sup>. Il n'y avait, à cet égard, aucune distinction à faire entre les créanciers à hypothèque spéciale et les créanciers à hypothèque générale : *nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse jam pridem placuit*<sup>3</sup>; l'émolument des créances se distribuait entre les créanciers hypothécaires quels qu'ils fussent, conformément à la maxime *prior tempore potior jure*. C'est ainsi que le *pignus ex causâ judicati* portait sur les *nomina* du débiteur condamné<sup>4</sup>.

### III.

13. Ces indications sommaires sur le système romain suffiront ici; il n'a eu qu'une influence secondaire, et encore à la dernière heure, sur les antécédents de la théorie des subrogations à l'hypothèque.

Ces antécédents se retrouvent plus directement dans une pra-

<sup>1</sup> V. Schilling, *Traité du droit de gage et d'hypothèque*; traduct. Pellat, p. 18.

<sup>2</sup> L. 5, § 1; 9, § 1; 15, § 1, Dig., *De pign. et hypoth.*

<sup>3</sup> L. 4, C., *Quæ res pign. oblig. possunt* (VIII, 17).

<sup>4</sup> L. 15, §§ 8 et 9, D., *De re judicata* (XLII, 1).

tique usitée dès longtemps au Parlement de Paris, pratique qui se perpétua malgré les vives critiques dont elle fut l'objet, et qui était sur le point de trouver son explication et sa fortune quand disparut, pour faire place à un système nouveau, le régime hypothécaire de l'ancien droit. Il se pourrait qu'on revînt tôt ou tard à un ordre d'idées dont une brusque réforme a momentanément fait perdre la direction.

14. D'après la pratique de l'ancienne France, les créanciers faisaient valoir leurs droits sur les créances hypothécaires de leur débiteur au moyen de ce qu'on appelait les « oppositions en sous-ordre. »

Quand une saisie réelle avait été pratiquée, et que par elle l'héritage du débiteur était mis sous la main de la justice, les créanciers hypothécaires, autres que le poursuivant, devaient, pour conserver leur rang sur le prix du bien vendu par décret, faire opposition; c'était l'opposition « à fin ou à fins de conserver. » L'opposition à fins de conserver est afin de conserver à l'opposant tous ses droits, privilèges et hypothèques <sup>1</sup>.

A leur tour les créanciers de tout créancier qui avait fait ou aurait pu faire opposition à fins de conserver, pouvaient former « opposition en sous-ordre; » or « l'opposition en sous-ordre est l'opposition du créancier d'un opposant, lequel s'oppose à ce que, sur la somme pour laquelle son débiteur sera colloqué, il soit payé de son dû <sup>2</sup>. » Les sous-créanciers faisaient ainsi intervenir un sous-ordre, par opposition à l'ordre principal dans lequel les créanciers directs du saisi devaient être préalablement colloqués. « Le sous-ordre est une distribution de la somme pour laquelle un créancier a été colloqué dans un ordre entre les créanciers de ce créancier colloqué, qui se sont opposés sur lui en sous-ordre, ou comme exerçant ses droits, ou qui ont saisi sa collocation <sup>3</sup>. » Plus simplement, d'après la définition de Pothier : « Le sous-ordre est l'ordre dans lequel la somme pour laquelle un créancier a été colloqué utilement est distribuée entre les créanciers de ce créancier <sup>4</sup>. »

<sup>1</sup> Ferrière, *Corps de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, t. IV, p. 1271, note 4. — V. aussi Pothier, *Procédure civile*, part. IV, ch. 2, sect. 5, art. 7, § 3.

<sup>2</sup> Ferrière, *op. et loc. cit.*, note 5.

<sup>3</sup> Ferrière, *op. cit.*, t. IV, p. 1227, note 3.

<sup>4</sup> *Procédure civile*, part. IV, ch. 2, sect. 5, art. 12, § 3. — V. aussi *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. 21, § 17, n° 141.

La procédure pour parvenir au sous-ordre était au surplus semblable à celle qu'il fallait suivre pour arriver à l'ordre; celui des créanciers du saisi qui poursuivait le décret devait observer à l'égard des opposants en sous-ordre les mêmes formalités qu'à l'égard des opposants à fins de conserver. Ceux-ci, il est vrai, avaient seuls une action directe, car les oppositions en sous-ordre n'étaient pas formées contre le décret lui-même; mais les sous-créanciers n'en avaient pas moins intérêt à faire valoir les droits de leur débiteur, pour ensuite être payés en sous-ordre. Cela suffisait pour que leur position à tous fût la même dans la procédure. Seulement, comme le sous-ordre n'intéresse ni le saisissant ni les autres créanciers du saisi, ceux-ci ne devaient supporter aucune partie des frais qu'il nécessitait. C'est dans ce but, afin d'éviter de juger aux dépens des derniers créanciers du saisi des contestations qui ne le regardent pas, que deux arrêts de règlement du Parlement de Paris, des 22 août et 25 septembre 1691, avaient ordonné : 1° que les oppositions en sous-ordre ne seraient jugées et réglées qu'après qu'on aurait statué sur l'ordre, et par jugement séparé; 2° que les frais faits pour parvenir au sous-ordre seraient pris exclusivement sur la collocation obtenue par le créancier du saisi. Les opposants en sous-ordre peuvent toujours intervenir directement à l'ordre, pour y faire valoir la créance de leur débiteur; mais, même alors, on n'alloue dans l'ordre que les frais qu'aurait nécessités la poursuite du créancier, leur débiteur<sup>1</sup>.

15. S'il n'y a qu'un créancier opposant en sous-ordre, ou même s'il y en a plusieurs, et que la collocation obtenue à l'ordre par le débiteur soit suffisante pour les désintéresser tous, pas de difficulté : ils seront intégralement payés, et leur débiteur conservera le reliquat, s'il en reste un. Mais si la collocation n'est pas suffisante pour les désintéresser tous, comment le jugement qui règle le sous-ordre fera-t-il la distribution? La somme pour laquelle le débiteur commun a été colloqué sera-

<sup>1</sup> V. pour plus amples détails, sur les oppositions dans les saisies réelles, les oppositions en sous-ordre, et les sous-ordres : de Héricourt, *Traité de la vente des immeubles par décret*, 2<sup>e</sup> édit., 1752, ch. 13, sect. 4. — Thibault, *Traité des criées*, 1748, ch. 8. — Le texte des deux arrêts du règlement est rapporté, en appendice, par de Héricourt, t. II, p. 317 et 319.

t-elle distribuée entre les sous-créanciers d'après leur ordre d'hypothèque ou par contribution?

Nous retrouvons ainsi la question déjà posée : quelle est la nature du droit des créanciers sur les créances hypothécaires de leur débiteur?

16. Sur cette question, la pratique ancienne n'était pas uniforme; dès que l'on pénètre dans le droit coutumier, tout y est variété.

17. Les coutumes d'Anjou, du Maine, de Bretagne et de Normandie, ainsi que la jurisprudence des pays de droit écrit, distribuaient l'émolument des créances entre les créanciers par ordre d'hypothèque. Elles admettaient, comme à Rome, l'hypothèque sur les meubles, en ce sens au moins qu'elle produisait son effet dans l'ordre au point de vue du droit de préférence; « toutes sortes de biens peuvent être hypothéqués, dit Basnage, qui écrivait, on le sait, suivant l'usage de Normandie, meubles et immeubles véritables ou fictifs, les noms, raisons et actions, les droits corporels et incorporels, en un mot toutes prétentions et intérêts que nous pouvons avoir sur quelque chose, soit que nous la possédions actuellement ou que nous ayons seulement quelque action pour la demander<sup>1</sup>. » Or il en résultait que les créanciers hypothécaires faisaient valoir leur droit de préférence sur l'émolument des créances au même titre que sur tout autre objet rentrant dans le patrimoine du débiteur.

Il n'y avait, à cet égard, aucune différence à établir entre les créances hypothécaires ou chirographaires; toutes constituaient un élément de crédit semblable, l'hypothèque du sous-créancier atteignant directement l'émolument de ces créances. Cependant les créances hypothécaires offraient au débiteur un moyen de crédit qui ne résultait pas pour lui des créances chirographaires : il pouvait sous-hypothéquer l'objet qu'il lui avait hypothéqué à lui-même; c'était le *pignus pignoris* des Romains. « Nous pouvons avoir des biens de trois qualités différentes, dit Basnage; les uns dont la pleine propriété nous appartient, *quæ vere domini nostri sunt*; les autres sur lesquels nous n'avons qu'un droit, *et quorum quasi domini sumus*; et enfin il y a une troisième espèce de biens, *quarum nec do-*

<sup>1</sup> *Traité des hypothèques*, ch. 3, n° 4. — Comp. Prevost de la Jannès, *Principes de la jurisprudence*, t. II, p. 201.

*mini nec quasi domini sumus* : ce sont ceux qui nous sont simplement engagés ou hypothéquez, et que nous serons tenus de rendre. Nous pouvons cependant hypothéquer les biens dont nous ne jouissons que de cette manière<sup>1</sup>. »

18. Les coutumes d'Anjou, du Maine, de Bretagne et de Normandie faisaient exception dans l'ancien droit. Le principe que l'hypothèque ne peut être établie que sur les immeubles, formait le droit commun des pays coutumiers<sup>2</sup>; et l'on regardait comme tels : 1° les immeubles réels, c'est-à-dire les immeubles par nature; 2° les immeubles fictifs, c'est-à-dire les droits susceptibles d'être vendus par décret : l'usufruit, l'emphytéose, les offices, les rentes foncières, et même parfois, comme à Paris et Orléans, les rentes constituées<sup>3</sup>. Le prix des immeubles réels ou fictifs seul était distribué par ordre entre les créanciers hypothécaires; le prix des meubles l'était par contribution.

En supposant donc qu'un débiteur eût dans son actif des créances, l'émolument devait en être distribué par contribution, comme chose mobilière, sauf bien entendu l'application des principes relatifs aux privilèges sur les meubles.

19. Il ne paraît pas qu'on ait jamais modifié cette règle en ce qui concerne les créances chirographaires; au contraire les créances hypothécaires finirent par être considérées comme un moyen puissant de crédit. En effet, au Parlement de Paris, les créanciers étaient colloqués dans le sous-ordre suivant leur rang d'hypothèque; en d'autres termes ils faisaient valoir leur droit de préférence sur l'émolument des créances hypothécaires, c'est-à-dire sur la collocation obtenue dans un ordre par leur débiteur. « C'est là, dit de Héricourt, un usage qui y est observé depuis longtemps, dont Brodeau et tous les autres auteurs qui ont eu occasion d'écrire sur cette matière, nous rendent un témoignage certain, et qui est encore justifié par tous les jugements qui contiennent des collocations en sous-ordre<sup>4</sup>. »

<sup>1</sup> *Op. cit.*, ch. 3, n° 4.

<sup>2</sup> Coutume de Paris (art. 170); Coutume d'Orléans (art. 477). — V. Guenoys, *conf. des Coutumes*, p. 510, 6, 9.

<sup>3</sup> De Héricourt, ch. 11, sect. 2, n° 14. — Basnage, *Traité des hypothèques*, ch. 3, n° 4, ch. 10. — Guyot, *Répertoire*, v° *Hypoth.*, § 2.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, ch. 11, sect. 4, n° 2. — Brodeau sur la coutume de Paris art. 178, note 3.

Thibault, qui écrivait principalement suivant l'usage du duché de Bourgogne, signale aussi cette jurisprudence admise au Parlement de Paris; mais il ne voit en elle qu'une anomalie locale, et proteste contre sa généralisation. « Les collocations utiles des créanciers qui ont formé opposition aux décrets, sont de purs effets mobiliers, dit-il : ainsi la distribution doit s'en faire entre les créanciers saisissants de l'opposant au décret, non par ordre d'hypothèque, mais suivant l'ordre des saisies <sup>1</sup>. »

20. La lutte s'établit dès le début entre les deux systèmes, elle a duré jusqu'à l'avènement du droit moderne. La jurisprudence du Parlement de Paris se maintint invariable, mais les critiques ne lui firent pas défaut; les auteurs même qui l'accueillirent à cause de son utilité font leurs réserves contre la doctrine qu'elle consacre. « Il n'est pas facile, observe de Héricourt, de découvrir sur quoi elle est fondée. Il semble que si l'on voulait décider cette question sur les principes généraux de notre jurisprudence, il faudrait suivre les mêmes règles dans la distribution des collocations en sous-ordre, que dans les saisies des sommes mobilières. En effet, un créancier n'a point d'hypothèque sur les immeubles du débiteur de son débiteur, et le but de l'opposition en sous-ordre que forme les créanciers d'un créancier hypothécaire du bien saisi, n'est que d'être colloqué sur une partie du prix du bien saisi qui pourra revenir à son débiteur; ainsi l'action qui donne lieu à l'opposant en sous-ordre de se pourvoir, ne tendant qu'à être payé d'une somme, est purement mobilière, et ce qui en provient paraîtrait devoir être distribué comme mobilier, suivant l'ordre des saisies, ou par contribution au sol la livre, en cas qu'il ne se trouvât point dans la collocation utile du créancier de quoi satisfaire à tous les créanciers opposans en sous-ordre.

« Il y a beaucoup d'apparence que ce n'est qu'en conséquence d'une fiction que s'est introduit l'usage de colloquer les créanciers opposans en sous-ordre suivant l'ordre d'hypothèque. On a regardé le créancier opposant au décret des biens hypothéqués à son débiteur, comme étant lui-même saisi d'une partie du fond, jusqu'à la concurrence de ce qui lui est dû, de manière que les créanciers de ce créancier acquerraient un droit

<sup>1</sup> *Traité des criées*, ch. 15, § 3, n<sup>os</sup> 30 et 31.

réal sur ce fond qui était le gage que l'opposant en sous-ordre saisissait par son opposition, et qu'il faisait vendre pour être payé de ce qui lui était dû. On s'est porté d'autant plus aisément à introduire cette fiction, quoiqu'elle ne fût autorisée par aucune loi expresse, qu'en contractant avec une personne on peut faire presque autant de fond pour la sûreté de la dette sur les créances hypothécaires que sur les immeubles dont le débiteur avait la propriété<sup>1</sup>. »

21. La nature du sous-ordre, ainsi que les effets des oppositions en sous-ordre, résultent clairement de tout ceci. Quand les créanciers d'un créancier du saisi font opposition afin d'être admis à recevoir à la place de leur débiteur la partie du prix du bien décrété qui lui revient, et d'être colloqué sur lui, ils exercent un droit réel qu'ils ont sur le bien engagé à leur débiteur ; leur opposition porte, non pas sur la collocation, mais sur le bien hypothéqué. Il est dès lors tout naturel qu'ils soient colloqués dans l'ordre d'hypothèque.

Ceci ressemble à s'y méprendre au *pignus pignoris* des Romains, tel qu'il se pratiquait, nous l'avons vu plus haut, en Normandie : c'est le fonds hypothéqué qui est affecté aux créanciers hypothécaires du créancier principal. « C'est, ajoute encore de Héricourt, la raison pour laquelle on juge que quand un créancier néglige de s'opposer à la saisie réelle des biens de son débiteur, ses créanciers qui auraient intérêt de s'opposer en sous-ordre, peuvent le faire sommer de faire cette opposition, et, s'il ne la fait point, se faire autoriser à la former en son nom, en se chargeant de l'indemniser de tous les événements ; car il n'est point permis de négliger de se servir de ses droits en fraude de ses créanciers. C'est aussi par suite des mêmes principes qu'un créancier opposant en sous-ordre peut être subrogé à la poursuite de la saisie réelle négligée par le poursuivant, même dans le cas où son créancier n'est pas chargé de la poursuite. Il suffit pour l'autoriser à demander cette subrogation, qu'il ait intérêt à faire vendre le bien saisi, et à en faire faire l'ordre, afin d'être payé de ce qui lui est dû sur ce qui reviendra à son débiteur du prix du bien décrété<sup>2</sup>. »

22. L'éphémère édit de mars 1673, cette tentative hardie de

<sup>1</sup> *Op. et loc. cit.*, n° 2.

<sup>2</sup> *Op. et loc. cit.*, n° 2.



Colbert pour ruiner par la publicité le crédit mensonger dont abusait alors la noblesse aux abois, adoptait et généralisait la jurisprudence du Parlement de Paris, telle que la développe de Héricourt. Voici les trois articles qu'il consacrait aux sous-ordres :

Art. 34. Ceux qui s'opposeront en sous-ordre, dans le temps et en la manière ci-dessus prescrits, sur les biens hypothéqués à leur débiteur, seront préférés aux autres créanciers de leur débiteur qui ne se seront pas opposés.

Art. 35. L'ordre d'enregistrement sera gardé entre les opposans en sous-ordre, comme il le serait entre les opposans principaux.

Art. 36. Si le créancier originaire est négligent de s'opposer et de faire enregistrer son opposition sur les biens de son débiteur, son créancier pourra le faire sans qu'il soit besoin de le faire ordonner, et l'enregistrement ne vaudra que pour lui, et jusqu'à concurrence de la dette pour laquelle il aura formé son opposition.

Si Louis XIV n'eût pas eu la faiblesse de céder aux instances éhontées qui l'obsédèrent, la question qui nous occupe eût reçu de nos jours, selon toute apparence, une autre solution que celle qui lui a été donnée.

23. L'édit de mars rapporté, la pratique du Parlement de Paris resta acceptée, mais toujours critiquée; « de Héricourt lui-même, continue Thibault, avoue que les principes généraux de la jurisprudence résistent à ces idées : en effet, quoique les deniers proviennent du prix d'un fonds, on ne peut pas dire pour cela qu'ils soient immeubles; le créancier a eu tout l'effet de son hypothèque, puisqu'il a été placé à l'ordre qu'elle lui avait donné; les opposans en sous-ordre ont pu la faire valoir pour leur débiteur; mais la collocation qui n'est, à vrai dire, que le prix du contrat, est un pur effet mobilier qui doit se distribuer par ordre de saisie, ainsi que le Parlement de Dijon l'a jugé par arrêts des 19 août 1619, 23 février 1622 et 3 juin 1641; on ne voit pas que la jurisprudence ait varié <sup>1</sup>. »

24. Cependant, dans un cas fort remarquable, on faisait exception, même au Parlement de Bourgogne, à la doctrine des arrêts précités; c'était au profit des créanciers des femmes

<sup>1</sup> *Op. et loc. cit.*, n° 31.

sur les créances dotales. Une déclaration royale du 30 décembre 1681 voulait que les deniers résultant de l'exercice des créances dotales fussent distribués entre les créanciers hypothécaires des femmes suivant leur rang d'hypothèque. « Disons, voulons et nous plaît, portait la déclaration, qu'à l'avenir les créanciers légitimes des femmes qui seront obligées dans leurs contrats, et étant opposans comme exerçant leurs droits, seront payés sur les dots, préciputs et autres avantages desdites femmes, suivant la date et ordre de leurs hypothèques, sans que les saisies et cession de droits dotaux desdites femmes ci-devant faites, et celles qui se feront ci-après, tant avant que pendant les décrets, puissent acquérir aucune préférence auxdits saisissans et cessionnaires, au préjudice des créanciers qui se trouveront leur être antérieurs en hypothèque, sans néanmoins qu'en conséquence de notre présente déclaration l'on puisse se pourvoir contre les arrêts qui avaient été ci-devant donnés en notredit Parlement de Bourgogne, avant la publication d'icelle <sup>1</sup>... »

« Mais, observe Thibault, cette déclaration n'a, ce semble, fait aucun changement dans la jurisprudence de ce Parlement, par rapport aux collocations utiles des créanciers qui ont formé opposition aux décrets : ce sont de purs effets mobiliers qui ne doivent point être regardés sur le même pied que les deniers dotaux. » Et il ajoute plus bas : « La déclaration de 1681, intervenue par rapport aux deniers dotaux, et formant à cet égard une exception, confirme la règle pour le surplus <sup>2</sup>. »

25. Quoi qu'il en soit, d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, telle que la ratifiait l'édit de mars 1673, les créances hypothécaires deviennent un moyen de crédit vraiment efficace pour celui à qui elles appartiennent, puisqu'elles tombent sous l'action des ayants cause au même titre que les immeubles réels ou fictifs. L'émolument des créances chirographaires est toujours distribué entre les créanciers du créancier par ordre de saisie ou par contribution, « parce que tels deniers ne sont considérés que comme meubles <sup>3</sup>; » au contraire, l'émolument

<sup>1</sup> V. le texte de cette déclaration dans Thibault, ch. 15, § 3, n° 29.

<sup>2</sup> *Op. et loc. cit.*, n° 31.

<sup>3</sup> Ferrière, *op. cit.*, t. II, p. 1356, note 24.

des créances hypothécaires est distribué entre les créanciers du créancier par ordre d'hypothèque, parce que celui-ci « est saisi d'une partie du fonds, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, de manière que ses propres créanciers hypothécaires acquièrent un droit réel sur ce fonds..., qu'ils font vendre pour être payés de ce qui leur est dû <sup>1</sup>. »

Ce résultat tient si bien à l'existence et aux effets de l'hypothèque, qu'il ne se produirait plus si les sous-créanciers ne faisaient opposition que tardivement, c'est-à-dire après le décret. « Pour que les créanciers opposans en sous-ordre puissent être ainsi colloqués, suivant la date de leur hypothèque, sur ce qui doit revenir à leur débiteur, il faut qu'ils aient formé leur opposition en sous-ordre avant que le décret ait été scellé et levé. Car s'ils ne formaient cette opposition qu'après la délivrance du décret entre les mains du receveur des consignations, elle ne serait regardée que comme une saisie et arrêt d'une somme mobilière <sup>2</sup>... » Ils seraient alors payés dans l'ordre des saisies, ou, en cas d'insuffisance, par contribution. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point <sup>3</sup>. C'est que, ainsi que le disait énergiquement Loysel, « un décret nettoie toutes hypothèques <sup>4</sup>; » le créancier principal n'ayant plus de droit sur l'immeuble, cet immeuble ne peut plus être sous-engagé aux sous-créanciers.

26. La doctrine du Parlement de Paris était, on le voit, précise et complète dans ses déductions; il ne lui manquait qu'une chose : qu'on pût en rendre raison et la justifier théoriquement. Aussi, jusqu'à la dernière heure, elle fut l'objet des plus vives controverses.

Bourjon l'adopte, tout en constatant que « l'opinion la plus commune à présent est contraire. » « Ce sentiment, dit-il, que je goûte plus que l'opinion commune, est fondé sur ce que la matière du sous-ordre, indépendamment de la nature du titre de celui qui est colloqué, est une portion du prix d'un immeuble adjudgé, d'où il paraît qu'on peut en conclure que le sous-ordre,

<sup>1</sup> De Héricourt, *op. et loc. cit.*, n° 2.

<sup>2</sup> De Héricourt, *op. et loc. cit.*, n° 2.

<sup>3</sup> Ferrière, t. II, p. 1356, note 24. — Pothier, *Procédure civile*, part. IV, ch. 2, sect. 5, art. 7, § 3; art. 12, § 3.

<sup>4</sup> Inst., liv. VI, tit. 5, n° 15.

comme l'ordre lui-même, doit se distribuer par ordre d'hypothèque <sup>1</sup>. »

Ferrière, dont l'érudition, quoique vaste, était, on le sait, un peu superficielle, ne fait pas tant de façons; il présente le droit des sous-créanciers d'être colloqués par ordre d'hypothèque comme « hors de conteste <sup>2</sup>. »

Guyot, aussi affirmatif que Ferrière, et dans le même sens, s'exprime dans des termes identiques <sup>3</sup>.

27. Cependant les doutes n'avaient pas disparu. Renusson persistait dans la doctrine que Ferrière et Guyot ne rappellent même pas <sup>4</sup>; et Denizart condamne vivement l'opinion contraire. Il admet la collocation par ordre des sous-créanciers sur le capital et les arrérages d'une rente, parce que la rente était classée parmi les immeubles fictifs susceptibles d'hypothèque; mais il la rejette quand il s'agit de l'émolument d'une créance, même hypothécaire. « Ce n'est plus un ordre alors qu'il faut faire, dit-il, c'est une contribution. Et cette distinction est très-raisonnable. J'avais cependant donné les raisons de mon opinion contraire dans les précédentes éditions; mais je crois aujourd'hui que je me suis trompé, et qu'il y a une grande différence à faire du sous-ordre du capital d'une rente qui était immeuble, au capital d'une obligation exigible qui n'était qu'un mobilier.... Bourjon m'avait mis là-dessus des obscurités dans l'esprit; et je m'en tiens à ce dernier avis qui me paraît le meilleur. <sup>5</sup> »

Rousseau de Lacombe pense de la même manière <sup>6</sup>.

28. Ce qui perpétue les divergences, c'est que l'on ne s'accorde pas préalablement sur le point suivant : l'opposition en sous-ordre porte-t-elle sur le montant de la collocation ou sur l'immeuble décrété, est-elle l'exercice d'un droit personnel ou d'un droit réel? Au premier cas, et c'est ce que pense Thibault, l'objet du droit des opposants en sous-ordre est mobilier; au second cas, et c'est ce que pense de Héricourt, il serait immobilier.

<sup>1</sup> *Droit commun de la France*, liv. VI, tit. 8, ch. 6, sect. 2, n<sup>o</sup> 212 et 213.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 1356, note 23; t. IV, p. 1513, note 3.

<sup>3</sup> *Répertoire*, v<sup>o</sup> *Collocation*.

<sup>4</sup> *Traité des subrogations*, ch. 7, n<sup>o</sup> 61 et suiv.

<sup>5</sup> *V<sup>o</sup> Sous-ordre*, n<sup>o</sup> 2 et 3.

<sup>6</sup> *Recueil de jurisprudence*, v<sup>o</sup> *Ordre*, n<sup>o</sup> 4.

29. Il était réservé à Pothier de faire cesser toute équivoque.

Le célèbre jurisconsulte d'Orléans rencontre à plusieurs reprises, dans l'introduction à la coutume d'Orléans, dans son traité des Hypothèques et dans sa Procédure civile, cette grave question des droits des créanciers hypothécaires sur l'émolument des créances hypothécaires de leur débiteur. Il la résume avec cette lucidité merveilleuse dont il avait le secret; il la transforme avec cette logique indépendante qui n'admettait rien qui ne fût complètement clair.

30. Tout d'abord il reconnaît, sans hésitation comme sans réserves, aux créanciers hypothécaires le droit d'être colloqué au sous-ordre dans l'ordre de leur hypothèque<sup>1</sup>. En cela, il ne fait que reproduire ce que la déclaration du 30 décembre 1681 avait admis dans un cas particulier, ce que Brodeau, de Héricourt disaient être l'usage constant au Parlement de Paris, ce qu'enseignaient Bourjon, Ferrière et Guyot, ce que repoussaient d'une façon absolue Thibault, Renusson, Denisart et Rousseau de Lacombe.

C'est seulement quand il en vient à expliquer pourquoi la collocation obtenue par un créancier doit être répartie par ordre entre les créanciers de ce créancier, que Pothier innove; ce qui n'était avant et jusqu'à lui qu'un usage et une pratique, devient la conséquence d'une doctrine rationnelle et juridique. « On pourrait objecter, dit-il, que cette somme, pour laquelle le créancier est colloqué, n'étant qu'une chose mobilière, et par conséquent non susceptible d'hypothèque, cette somme devrait se distribuer entre les créanciers de ce créancier au marc la livre de leurs créances, et non point par ordre d'hypothèque. La réponse est que si les créanciers de ce créancier ne s'étaient pourvus que depuis le décret, par saisie et arrêt de la somme pour laquelle il a été colloqué, cette somme se distribuerait effectivement comme une chose mobilière, au marc la livre entre eux tous; mais s'étant opposés au décret de l'héritage, pour venir en sous-ordre de la somme pour laquelle leur débiteur commun serait colloqué, c'est le droit d'hypothèque, qu'avait leur débiteur commun, qu'ils ont saisi, un

<sup>1</sup> *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. 20, sect. 2, § 1; tit. 21, § 17, n° 142. — *Procédure civile*, part. IV, ch. 2, sect. 5, art. 7, § 3.

droit dans l'héritage, un droit par conséquent immobilier; c'est pour cette raison qu'ils doivent venir par ordre d'hypothèque, suivant la règle *pignus pignori dari potest*<sup>1</sup>. »

31. Ainsi Pothier isole l'hypothèque, droit immobilier, de la créance garantie, qui n'est qu'un droit mobilier; et de même que les créanciers hypothécaires prennent par ordre le prix d'un immeuble, de même ils prendront par ordre l'émolument qui résulte de l'exercice de l'hypothèque, émolument qui en est en quelque sorte le prix. « En effet, ce n'est pas la créance mobilière que les créanciers arrêtent par leur opposition qu'ils forment en sous-ordre, mais c'est le droit d'hypothèque que le débiteur avait dans les biens saisis réellement; lequel droit d'hypothèque, étant un droit dans les héritages, est un droit immobilier, dont le prix doit par conséquent se distribuer entre eux par ordre d'hypothèque. » Et il ajoute plus bas : « Pour bien entendre ceci, il faut distinguer la créance du droit d'hypothèque qui y est attaché. La créance est un droit contre la personne du débiteur; l'hypothèque est un droit dans les biens qui sont hypothéqués. Lorsque je m'attaque aux biens, en saisissant réellement les biens de mon débiteur, ou en adhérant par mon opposition à la saisie réelle qui en a été faite, c'est le droit d'hypothèque que j'ai dans lesdits biens, que j'exerce et que je poursuis. La somme pour laquelle je suis utilement colloqué dans l'ordre, en même temps qu'elle est la somme qui m'est personnellement due, est aussi le prix de mon droit d'hypothèque, et c'est en tant qu'elle est le prix de mon droit d'hypothèque que je suis colloqué dans l'ordre. Mais ce droit d'hypothèque que j'ai dans les biens saisis réellement, étant un droit dans les héritages, est par conséquent immobilier, et, suivant la règle *pignus pignori dari potest*, est lui-même hypothéqué à mes droits hypothécaires. Par l'opposition en sous-ordre qu'ils forment avant que le décret ne soit délivré, ils saisissent réellement mon droit d'hypothèque qui leur est hypothéqué; et l'effet de cette saisie est de leur donner droit de recevoir à ma place la somme pour laquelle je serais colloqué, chacun selon le rang d'hypothèque qu'il avait dans mon droit d'hypothèque dont cette collocation est le prix<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Procédure civile, part. IV, ch. 2, sect. 5, art. 12, § 3.

<sup>2</sup> Introduction à la coutume d'Orléans, tit. 21, § 17, n° 142.

32. La pratique des sous-ordres devient de la sorte rigoureusement juridique; seulement, pour la produire sous cet aspect, Pothier admet deux nouveautés sans précédent : la première, c'est que l'hypothèque prend place parmi les immeubles fictifs à côté de l'usufruit, de l'emphytéose, des offices et des rentes, qui, depuis l'édit de 1551, pouvaient être saisis réellement et mis en décret; la deuxième, c'est que l'hypothèque, immeuble fictif, est susceptible d'hypothèque. De là la règle formulée ailleurs : « le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque <sup>1</sup>. »

Le génie exact et précis de Pothier ne pouvait constater un résultat sans admettre la cause qui l'explique; il jette ainsi cette proposition qui est l'explication et la formule d'une doctrine longtemps vague et incertaine; d'un mot il éclaire une solution dont de Héricourt, et tous ceux qui avaient écrit sur la matière, avaient vainement essayé de rendre compte <sup>2</sup>.

33. Observons, pour la rectitude des idées, que la formule nouvelle n'avait pas, dans la pensée de Pothier, la portée que lui donneraient volontiers nos habitudes modernes de langage. Si l'hypothèque devient susceptible d'hypothèque, ce n'est

<sup>1</sup> *Traité des hypothèques*, ch. 1, sect. 2, § 1.

<sup>2</sup> C'est tout à fait à tort que les auteurs modernes, même les plus exacts, admettent communément que, dans l'ancien droit, l'hypothèque était susceptible d'hypothèque; et que, pour en arriver là, les commentateurs, altérant l'ancienne maxime *pignus pignori dari potest*, regardaient l'hypothèque en sous-ordre comme portant, non plus, ainsi que l'avaient entendu les Romains, sur l'objet donné en gage, *res pignorat*, mais sur le droit même du gage, *jus pignoris*. Les anciens auteurs n'ont jamais songé à la théorie qu'on leur prête. La seule explication donnée du droit, fort contesté d'ailleurs, qu'avaient les créanciers hypothécaires, d'être colloqués par ordre sur le montant des créances hypothécaires de leur débiteur, était celle qu'avait proposée de Héricourt : « On a regardé le créancier opposant au décret, comme étant lui-même saisi d'une partie du fonds, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, de manière que les créanciers de ce créancier acquerraient un droit réel sur ce fonds qui était le gage que l'opposant en sous-ordre saisissait par son opposition, et qu'il faisait vendre pour être payé de ce qui lui était dû (*Op. et loc. cit.*, n° 2). » Or ainsi comprise et expliquée, la pratique des sous-ordres était parfaitement conforme à la maxime *pignus pignori dari potest*, telle que l'entendaient les Romains.

L'erreur des auteurs modernes n'est, au surplus, qu'une inadvertance : ils ont pris comme étant l'expression du droit commun de la France ancienne ce qui n'est qu'une opinion individuelle, apparue à la dernière heure, une idée propre à Pothier.

qu'au profit de ceux auxquels tous les biens du débiteur sont engagés; jamais il n'a été question d'hypothéquer spécialement un droit d'hypothèque à l'instar des immeubles réels ou fictifs.

La raison en est d'abord que la pratique ancienne ne connaissait guère que l'hypothèque générale, celle qui résultait de plein droit des actes notariés et des actes sous seing privé reconnus en justice ou déposés chez un notaire. Elle affectait la généralité des biens présents et à venir du débiteur; c'était une sorte de gage sur la fortune immobilière du débiteur, assurant au créancier, par le rang qu'il lui réservait dans l'ordre dès que ses droits étaient constatés dans certaines formes, le crédit affectif qu'avait le débiteur au jour du contrat. « Le créancier hypothécaire, dit Renusson, est celui qui a les biens de son débiteur obligez et hypothéquez..... Nous tenons pour règle que tous contrats passez devant notaires produisent hypothèque sur tous les biens présents et à venir, soit que les biens soient expressément obligez par une clause apposée dans le contrat, soit qu'il n'y ait aucune clause dans le contrat<sup>1</sup>. »

34. La coutume, il est vrai, reconnaissait aussi l'hypothèque spéciale et conventionnelle; mais la pratique trouva promptement le moyen d'éviter les conséquences spéciales qu'elle entraînait dans ce qu'elles avaient de défavorable au créancier, la doctrine attaqua ou contesta les autres : en fait on n'y avait pas recours.

Ainsi il était admis, en principe, que le créancier devait discuter les biens hypothéqués spécialement, avant d'attaquer ceux qui ne lui étaient hypothéqués que généralement; on regardait l'hypothèque spéciale comme affectant plus exclusivement la chose engagée. Mais ce n'était là qu'une formule vaine. Toutes les fois, en effet, qu'un créancier, outre l'hypothèque générale que lui assurait la forme de son titre, se faisait affecter un fonds en particulier, l'usage était d'ajouter la clause : « sans que l'hypothèque spéciale déroge à la générale ou la générale à la spéciale. » Or au moyen de cette clause qui finit, tous les auteurs l'attestent, par devenir de style, la distinction

<sup>1</sup> *Traité de la subrogation*, ch. 3, n<sup>os</sup> 2 et 33. — Aussi Ferrière, t. II, p. 1175, note 4.



entre les deux sortes d'hypothèque perdit tout intérêt dans les rapports du créancier et du débiteur <sup>1</sup>.

Dans ses rapports avec les tiers acquéreurs, le créancier à l'hypothèque spéciale avait, toujours en principe, sur le créancier à hypothèque générale, un avantage notable : il n'était pas, comme celui-ci, exposé à l'exception de discussion. « En spéciale hypothèque, n'y a point de discussion, » dit Loysel <sup>2</sup>; on regardait l'hypothèque spéciale comme affectant plus complètement la chose engagée. Mais la pratique présentait en ceci tant de divergences, la doctrine tant d'indécision, que l'incertitude du résultat éloigna des constitutions d'hypothèque spéciale <sup>3</sup>. La coutume de Paris était muette, la règle de Loysel fut successivement écartée; finalement on s'accorda, dans la pratique comme dans la doctrine, à admettre que les créanciers à hypothèque spéciale, eux aussi, avant d'agir contre les tiers détenteurs, devraient discuter les biens restés en la possession du débiteur <sup>4</sup>.

35. D'ailleurs la spécialité n'ayant pour effet que d'assurer au droit de suite toute son efficacité, en paralysant l'exception de discussion, on ne l'eût pas comprise appliquée à l'hypothèque constituée sur une autre hypothèque; celle-ci n'a pour ainsi dire pas d'existence propre; son objet, pris isolément, distinct de la chose engagée au créancier principal, n'est pas dans la circulation : le sous-créancier ne peut donc se trouver en lutte avec un tiers détenteur. Il n'a son hypothèque qu'en sous-ordre, telle que son débiteur l'a lui-même, avec les mêmes caractères et sous les mêmes conditions; en un mot, comme le dit fort nettement Domat, si l'hypothèque est elle-même susceptible d'hypothèque, c'est en ce sens que « cette sorte de biens sont compris dans l'hypothèque générale, quoiqu'ils ne soient pas exprimés <sup>5</sup>. »

<sup>1</sup> Domat, *Lois civiles*, part. I, liv. III, tit. 1, sect. 3, n° 6. — Ferrière, t. II, p. 30, n° 6 et 20.

<sup>2</sup> Inst., liv. III, tit. 3, n° 19.

<sup>3</sup> V. sur les variétés du droit coutumier sur ce point, Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. 3, ch. 8. — Ferrière, t. II, p. 30, n° 5. — Pothier, *Introduction*, tit. 20, ch. 1.

<sup>4</sup> Domat, part. I, liv. III, tit. 1, section 3, n° 6. — De Laurière sur l'article 101 de la coutume de Paris.

<sup>5</sup> Part. I, liv. III, tit. I, sect. 1, n° 23.

En formulant sa doctrine, Pothier n'a voulu exprimer qu'une chose : c'est que les créanciers venant en sous-ordre ont droit de se faire colloquer par ordre d'hypothèque sur la collocation obtenue à l'ordre par leur débiteur. L'usage des sous-hypothèques, comme celui des sous-ordres, se trouvent ainsi liés à la pratique des hypothèques générales.

#### IV.

36. Tel était l'état de la question quand s'ouvrit l'ère du droit moderne.

On a dit plaisamment de la justice qu'elle a cela de bon qu'elle termine les procès; on pourrait bien souvent dire de la codification qu'elle a cela de bon qu'elle tranche les problèmes, quand la discussion scientifique a été impuissante à les résoudre.

37. La loi du 9 messidor an III, ébauche du régime hypothécaire moderne, voulut clore l'ancienne et grave controverse dont nous avons rappelé les phases principales. Elle admet le sous-ordre et en règle la procédure (art. 193 à 202); elle admet les oppositions en sous-ordre et en détermine la forme (art. 86 à 91); mais elle décide que : « dans le concours de plusieurs opposants en sous-ordre sur un même débiteur, au cas d'insuffisance pour les solder, il n'y a lieu à aucune distinction, aucune préférence ni ordre d'hypothèque sur les deniers qui lui appartiennent, lesquels doivent être distribués entre eux au marc la livre » (art. 90). La loi de messidor se prononça ainsi contre la pratique suivie au Parlement de Paris; elle admet le système soutenu par Thibault, Renusson, Denisart, Rousseau de Lacombe, contre de Héricourt, Bourjon, Ferrière, Guyot et Pothier; elle ne fait pas même exception, comme la déclaration du 30 décembre 1681, pour les deniers provenant des créances dotales.

Cette loi, on le sait, n'a jamais reçu d'exécution. Elle devait, aux termes de l'article 276, n'entrer en vigueur que le 1<sup>er</sup> nivôse an IV; le terme fut successivement et indéfiniment prorogé. Aussi la question des droits des créanciers hypothécaires sur les créances hypothécaires de leur débiteur continua d'être agitée.

38. Ni l'une ni l'autre des deux lois du 11 brumaire an VII,

sur le régime hypothécaire et sur l'expropriation forcée et les ordres, ne firent cesser l'incertitude. Il n'y est traité ni des oppositions en sous-ordre ni des sous-ordres; si elles tranchent la question, ce n'est que par préterition. Ce silence fut-il volontaire ou involontaire? Faut-il l'interpréter comme une abrogation ou un maintien des règles anciennes relatives au sujet non traité? Rien ne l'indique. Aussi les tribunaux eurent encore à se prononcer sur la question; et le 15 frimaire an XII le tribunal d'appel de Paris décidait que le sous-ordre n'avait pas été aboli, et, en conséquence, que le montant de la collocation d'un créancier hypothécaire devait être distribué entre les créanciers opposants en sous-ordre, non par contribution, mais par ordre d'hypothèque<sup>1</sup>.

39. Le Code de 1804 n'apporta pas une solution plus précise.

Grenier<sup>2</sup>, il est vrai, regarde l'abolition des sous-ordres, tels que les pratiquait le Parlement de Paris, comme la conséquence nécessaire de ce que l'article 2118 du Code Napoléon ne range pas l'hypothèque parmi les biens susceptibles d'hypothèque; mais il est difficile de souscrire à cet aperçu. L'usage de colloquer les opposants en sous-ordre dans leur ordre d'hypothèque avait précédé la règle dont Pothier eut l'initiative; il n'y aurait dès lors rien d'impossible à ce que le même usage se perpétuât sous une loi n'admettant pas la règle nouvelle. Ni la loi du 9 messidor an III (art. 5 et 6), ni celle de brumaire an VII (art. 6) ne mentionnaient l'hypothèque parmi les biens susceptibles d'hypothèque; les sous-ordres se maintinrent cependant sous leur empire: comment l'article 2118 du Code Napoléon, copié sur les articles correspondants des lois précitées, les aurait-il tacitement prohibés?

40. Cependant la jurisprudence inclina promptement vers l'idée d'abolition; et l'article 778 du Code de procédure (devenu l'article 775 depuis la loi du 21 mai 1858) vint définitivement la fixer dans ce sens, en reproduisant la pensée sinon les termes de l'article 90 de la loi de messidor an III. « Tout créancier, dit-il, pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur; mais le montant de la collocation du

<sup>1</sup> Sirey, col. n. t. I, 2, 166.

<sup>2</sup> *Traité des hypothèques*, t. I, n° 157.

débiteur sera distribué, comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre. »

La pratique hésita quelque temps encore; elle dut se soumettre, la loi était formelle <sup>1</sup>. Désormais les créanciers, quel que soit leur titre, d'un débiteur qui est lui-même créancier hypothécaire d'une autre personne, peuvent exercer les droits de leur débiteur, prendre ou renouveler inscription à l'effet de les conserver; ils peuvent comparaître à l'ordre amiable, intervenir à l'ordre judiciaire pour réclamer et défendre les droits de leur débiteur, droits dont le bénéfice leur profitera; ils peuvent s'inscrire, ou former opposition à ce que le bordereau de payement soit délivré à leur débiteur, afin de participer en sous-ordre à la distribution de la collocation obtenue par lui; mais ils ne peuvent prétendre aucune préférence les uns sur les autres. La distribution du montant de la collocation, au cas d'insuffisance à les désintéresser tous, se fait au marc le franc. Si ceux qui ont pris inscription ou formé opposition avant la clôture de l'ordre sont, aux termes de l'article 775, privilégiés sur la somme à distribuer, à l'exclusion de tous autres qui ne seraient intervenus qu'après, cela tient à ce qu'ils ont seuls empêché, par leurs diligences, le débiteur commun de toucher lui-même le montant de sa collocation, et qu'ils doivent seuls dès lors en profiter <sup>2</sup>; mais entre eux aucun rang n'est possible: le montant de la collocation est distribué, non par voie d'ordre, mais par voie de contributions, sans avoir égard aux dates des inscriptions ou oppositions, sauf, bien entendu, l'application des principes relatifs aux privilèges sur les meubles <sup>3</sup>.

#### 41. Les rédacteurs du Code de procédure ont-ils réfléchi

<sup>1</sup> Paris, 10 août 1809, Sirey, col. n. t. III, 2, 121. — Bordeaux, 24 juin 1836; *id.*, 1837, 2, 38.

<sup>2</sup> Sic Chauveau Adolphe, *de la Procédure d'ordre*, p. 348 et 351, et *Journal des avoués*, t. LXXV, p. 215. — Colmet-Daage, *Leçons de procédure civile*, t. II, p. 444. — *Encyclopédie des huissiers*, v° *Ordre*, n° 372. — C'est à tort que M. Bressolles, *Explication de la loi du 21 mai 1858*, n° 66, admet formellement, et que M. Bioche, *Dictionnaire*, v° *Ordre*, n° 579, semble admettre au concours les créanciers qui ne surviennent qu'après l'ordre, et tant que la procédure de distribution n'est pas close.

<sup>3</sup> V. sur la matière des sous-ordres, d'après la loi nouvelle, Chauveau Adolphe, *De la procédure de l'ordre* (loi du 21 mai 1858), p. 346 et suiv.; 649 et suiv.

qu'ils résolvaient, dans cet article 778, une question fort débattue et fort importante au point de vue du crédit? Se sont-ils rendu compte des motifs qui leur faisaient adopter l'une des deux doctrines en lutte dans l'ancien droit plutôt que l'autre, ou bien leur décision vient-elle uniquement de ce qu'ils avaient sous les yeux Denisart au lieu de Pothier, la loi de messidor an III au lieu de l'édit de mars 1673? Il est fort difficile de le dire; rien dans les travaux préparatoires ne l'indique, quand sur mille points de détail on y trouve le rappel des controverses antérieures et des raisons de décider. Dans l'exposé des motifs, présenté au Corps législatif le 11 mars 1806, Réal paraphrase brièvement le texte de l'article, et voilà tout<sup>1</sup>. La question est tranchée, comme nous le disions tout à l'heure; est-elle résolue? C'est plus douteux.

Ce qui est certain, c'est que l'ordre nouveau était à peine établi que la pratique chercha et trouva un expédient afin d'en éviter les conséquences, de respecter la loi en la tournant, comme certain notaire du théâtre contemporain. C'est un besoin du crédit qu'il soit possible d'affecter spécialement les créances hypothécaires à l'acquit des obligations; l'histoire a toujours enseigné que tout besoin comprimé réagit contre ce qui l'opprime, et se fraye violemment sa voie quand les institutions ne la lui ménagent pas.

Cet expédient, c'est la combinaison qui porte le nom de subrogation à l'hypothèque.

42. Il est, en effet, de jurisprudence constante que l'article 775 du Code de procédure cesse d'être applicable toutes les fois que le créancier du créancier colloqué se présente comme subrogé à l'hypothèque de son débiteur<sup>2</sup>. Dans ce cas, d'une part, le subrogé doit être colloqué en sous-ordre par préférence aux créanciers non subrogés; d'autre part, s'il y a plusieurs subrogés, ils doivent être colloqués, sur la colloca-

<sup>1</sup> Loaré, t. XXII, p. 599.

<sup>2</sup> C'est ce qui a été jugé, dès le 15 janvier 1813, par la Cour de Paris (Sirey, col. n. t. IV, 2, 238), et, depuis, par de nombreux arrêts des Cours impériales, dont on peut voir le relevé dans Sirey, en note d'un arrêt, assez peu clair, de la Cour de Paris, du 8 octobre 1819 (col. n. t. VI, 2, 163). — V. aussi Cass. des 17 avril 1817 (S., t. VIII, 1, 570), 2 avril 1829 (S., t. IX, 1, 266), 24 février 1838 (S., 1838, 1, 97), 4 février 1839 (S., 1839, 1, 107), etc. — Comp. Chauveau Adolphe, *op. cit.*, p. 357.

tion obtenue par le débiteur commun, suivant l'ordre de leur droit.

C'est-à-dire que, au moyen et sous le couvert de la subrogation, la pratique en est revenue à l'usage des sous-ordres où les créanciers étaient colloqués par ordre : les ayants cause du créancier obtiennent, sous le nom de subrogés, des droits que l'article 775 du Code de procédure avait précisément pour but de leur enlever, sous le nom de créanciers. La seule différence, c'est que le droit pour les sous-créanciers de venir par ordre sur l'émolument des créances hypothécaires était légal au Parlement de Paris, et dès lors commun à tous; tandis qu'il n'est aujourd'hui que conventionnel, et n'appartient dès lors qu'à ceux qui en ont été spécialement investis. Encore importe-t-il de remarquer que cette différence n'a pas la portée qu'on pourrait croire; car la fréquence des clauses de subrogation est telle, au moins en ce qui concerne l'hypothèque légale des femmes, que la pratique diffère peu de ce qu'elle était sous l'empire de la déclaration du 30 décembre 1681.

43. Qu'est-ce donc que cette combinaison ingénieuse qui paralyse ainsi la disposition légale la plus précise et la plus claire?

Sur ce point, l'incertitude a commencé le jour où la pratique des subrogations s'est introduite; elle dure encore. La doctrine est indécise : elle n'offre pas moins de cinq systèmes différents, et bien souvent les auteurs qui s'accordent à admettre le même principe se séparent ensuite sur les conséquences; la jurisprudence est perplexe : il serait impossible, quelque effort d'esprit que l'on fit, d'en ramener les décisions à une théorie logique et bien déduite. Cet état de choses est regrettable, car la fixité et la stabilité de la pratique judiciaire permettent seules aux intérêts de se mouvoir avec sécurité; peut-être tient-il à ce que l'on ne s'est pas encore rendu compte, d'une manière suffisante, du résultat à attendre de l'opération, ce qui n'a pas permis jusqu'ici d'en dégager la véritable nature.

CH. BEUDANT.

*(La suite à une autre livraison.)*

## DU MINISTÈRE PUBLIC A L'AUDIENGE CIVILE,

Par M. Édouard PERIER,  
procureur impérial à Villeneuve-d'Agen (Lot-et-Garonne).

(Suite<sup>1</sup>.)

## CHAPITRE II.

## DU MINISTÈRE PUBLIC PARTIE JOINTE.

SECTION I<sup>re</sup>.*Définition.*

## SOMMAIRE.

18. Il est lié par les conclusions des parties.
19. Il peut proposer d'office certaines exceptions.
20. Son rôle ne change pas dans ce cas.

18. Dans la plupart des procès civils, l'intérêt privé est seul en jeu; les parties saisissent elles-mêmes les tribunaux par leurs conclusions, le ministère public dans ce cas suit le débat, il examine l'affaire et il exprime son opinion avec la plus entière liberté en se joignant à celle des parties qui lui paraît avoir raison. Sa mission ne se borne pas néanmoins à reproduire les moyens déjà présentés, il doit puiser dans son expérience et la connaissance des lois les arguments que l'on aurait négligés, et il lui appartient de les développer s'il les croit susceptibles d'éclairer la décision; mais que la cause soit ou non communicable, le ministère public est lié par les conclusions des parties ainsi que l'est le tribunal, il est obligé d'accepter le débat dans la limite dans laquelle il a été posé, il ne lui est pas permis de dénaturer la demande, de l'étendre ou de la changer, il ne peut que proposer les moyens qui peuvent servir à faire triompher les prétentions qu'il soutient, encore faut-il que ces moyens ne

<sup>1</sup> V. t. XXVII, p. 494.

soient pas relevés d'office et qu'ils aient été indiqués dans le libellé des conclusions; ainsi il ne pourrait pas se prévaloir, même pour un incapable, d'une prescription qui ne serait pas invoquée, il ne pourrait pas argumenter d'un paiement que l'on n'opposerait pas, ou d'un désistement dont on ne voudrait pas tirer profit. Ce magistrat, il ne faut pas le perdre de vue, n'est pas l'avocat des incapables, il est encore moins leur mandataire; s'il pense que le bon droit est de leur côté, il défend leurs intérêts avec plus de sollicitude, car il leur doit protection; mais, comme il n'a pas l'initiative de l'action, il doit se renfermer dans les limites que les intéressés ont eux-mêmes fixées. Ces principes nous paraissent certains, ils ont été consacrés par la jurisprudence<sup>1</sup>.

19. Mais le cercle dans lequel doit se renfermer le ministère public ne lui enlève pas le droit de proposer d'office, malgré le silence gardé, les exceptions d'ordre public que le débat soulève, quel que soit leur effet sur la décision du litige; n'oublions pas, en effet, qu'il est avant tout chargé de faire exécuter les lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, et dans cette hypothèse les parties privées profiteront d'une situation dans laquelle sont engagés des intérêts d'un ordre plus élevé qui auront seuls éveillé la sollicitude de l'organe de la loi. Ainsi, aux termes de l'article 48 du Code de procédure, les demandes soumises à l'épreuve de la conciliation ne doivent pas être reçues par les tribunaux de première instance, si la tentative n'a pas eu lieu. L'omission de ce préliminaire emporte sans aucun doute nullité de l'assignation, et l'ordre public est en outre intéressé à ce que ce préalable, qui a pour but de rendre les procès plus rares, soit rempli; le ministère public pourrait donc relever d'office le défaut d'essai de conciliation et faire ainsi rejeter la demande<sup>2</sup>. Il lui appartient, pour les mêmes raisons, de proposer d'office l'incompétence *ratione materiae* du tribunal, aux termes de l'article 170 du Code de procédure. Certaines parties, on le sait, ne peuvent ester en justice sans l'assistance de ceux qui sont chargés de les représenter, ou sans s'être préalablement pourvues de l'autorisation

<sup>1</sup> Poitiers, 16 décembre 1829; Cassation, 26 avril 1831; Bordeaux, 31 janvier 1832.

<sup>2</sup> Pigeau; Boncenne; Cassation, 30 mai 1842.



qui leur est nécessaire; c'est ainsi que la femme mariée ne peut, aux termes de l'article 215 du Code Napoléon, ester en justice en son nom personnel, sans l'autorisation de son mari ou de la justice; la nécessité de cette autorisation est fondée à la fois sur l'intérêt de la femme, elle la protège contre sa faiblesse; sur celui de la famille, elle est une garantie pour la conservation de son patrimoine; enfin sur celui du mari, elle est une sauvegarde pour sa dignité. La nullité résultant du défaut d'autorisation de la femme mariée est d'ordre public, et plusieurs arrêts ont jugé qu'elle pouvait être invoquée pour la première fois, par cette dernière, devant la Cour de cassation<sup>1</sup>. Cette nullité est donc radicale et absolue, et nous n'hésitons pas à penser qu'elle peut, à cause de son caractère, être relevée en tout état de cause par le ministère public.

Aux termes de l'article 1032 du Code de procédure, les communes et les établissements publics sont tenus pour former une demande en justice de se conformer aux lois administratives, la principale des exigences est d'obtenir préalablement une autorisation dans les formes que les lois spéciales déterminent, la nullité qui résulte du défaut d'autorisation est absolue et d'ordre public, elle ne peut être couverte par le silence des parties; elle peut être opposée en tout état de cause par l'adversaire de la commune, même pour la première fois, devant la Cour de cassation; comme conséquence de ces principes, que la Cour suprême a plusieurs fois consacrés<sup>2</sup>, cette nullité est une de celles que le ministère public peut présenter d'office<sup>3</sup>.

Il en est de même de la fin de non-recevoir résultant du dernier ressort qui constitue une déchéance d'ordre public; quelques auteurs, il est vrai, au nombre desquels nous citerons Favard de Langlade, Berriat Saint-Prix, Chauveau sur Carré, sont d'un avis contraire, ils assimilent la déchéance de l'appel à une véritable péremption d'instance, qui aux termes de l'article 399 du Code de procédure n'a jamais lieu de plein droit et doit être demandée par les parties intéressées; mais nous ferons remarquer que l'assimilation est inadmissible : les

<sup>1</sup> Cassation, 24 février 1841, et 13 novembre 1844.

<sup>2</sup> Cassation, 9 avril 1806; 19 juin 1815; 2 juin 1817.

<sup>3</sup> Cassation, 10 nivôse an XIII.

principes qui régissent les deux matières sont en effet très-différents, l'expiration du délai emportant déchéance fait acquiescer au jugement l'autorité de la chose jugée, et il n'est pas au pouvoir des parties de faire revivre un droit éteint, tandis que la péremption se couvre par les actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande, ainsi qu'en dispose l'article 399 du Code de procédure <sup>1</sup>.

L'application de ces principes n'est pas toujours aisée à faire, la difficulté consiste à discerner les cas dans lesquels l'ordre public est intéressé de ceux où il ne l'est pas; mais la nuance est parfois délicate : ainsi les femmes mariées et les communes ne sont pas les seules personnes incapables que la loi protège, d'autres causes d'incapacité prennent naissance de la faiblesse de l'âge et de l'altération des facultés intellectuelles, le mineur et l'interdit incapables de se gouverner et de se défendre eux-mêmes ne peuvent ester en justice sans l'autorisation de ceux que la loi leur donne pour appui, mais, comme leur incapacité est uniquement fondée sur leur intérêt, la nullité résultant du défaut d'autorisation n'intéresse pas assez directement l'ordre public et ne peut être par conséquent relevée d'office par le magistrat chargé de surveiller l'exécution de la loi.

20. L'initiative que peut prendre le ministère public dans les causes dans lesquelles il est partie jointe, et le droit qu'il a de proposer des exceptions d'office, ne lui donne pas celui de se pourvoir contre le jugement rendu, il ne peut l'attaquer par la voie de l'appel ni par celle de la tierce opposition, il ne peut non plus se pourvoir en cassation; les conclusions qu'il prend ne transforment pas son rôle, et, en avertissant le juge de l'existence d'un droit protecteur intéressant l'ordre social qui va être violé, il se détache de la cause pour défendre l'intérêt de la société, sans cesser d'être partie jointe.

<sup>1</sup> Boitard; Cassation, 2 avril 1850; Montpellier, 27 décembre 1852.

## SECTION II.

*De la communication au ministère public.*

## SOMMAIRE.

21. Conclusions.
22. Communication.
23. Ordre public.
24. Domaine de l'État.
25. Communes.
26. Établissements publics.
27. Dons et legs au profit des pauvres.
28. État des personnes.
29. Tutelles.
30. Déclinatoires.
31. Règlement de juges.
32. Prises à partie.
33. Femmes mariées.
34. Mineurs. Interdits.
35. Causes défendues par un curateur.
36. Absence.
37. Autres causes.
38. Cession de biens.
39. Désaveu.
40. Emprisonnement.
41. Faux incident.
42. Vérification d'écriture.
43. Ordre.
44. Séparation de biens.
45. Succession bénéficiaire.
46. Enregistrement.
47. Contributions indirectes.
48. Communication d'office.

21. Nous avons exposé le rôle du ministère public partie jointe, il suit le débat et, quand les parties ont développé leurs moyens, il prend la parole pour donner un avis impartial qui préparera la décision. *Il faut, dit Boncenne, à la justice un guide, à la faiblesse un appui, à la société tout entière une sorte de représentant, et surtout aux lois d'intérêt général un organe, une sauvegarde contre les prétentions toujours renaissantes de l'intérêt particulier; mieux valait prévenir les infractions à ces lois, que d'attendre qu'elles eussent été commises pour casser les jugements.* Aucune forme n'est prescrite pour ses conclusions, elles doivent être données verbalement; il peut les rédiger par

écrit, mais il doit les lire à l'audience, car elles font partie du débat, et il y aurait nullité s'il se bornait à les déposer sur le bureau; le vœu de la loi ne serait pas rempli, il y aurait violation du principe de publicité posé par la loi du 24 août 1790, il peut du reste adopter simplement les conclusions de l'une des parties ou s'en rapporter à la sagesse du tribunal.

Les conclusions du ministère public ne sont pas exigées dans toutes les causes, il peut garder le silence sur certaines questions peu importantes, et la loi détermine quelles sont les affaires dans lesquelles son audition est prescrite à peine de nullité. Devant la Cour de cassation il est tenu de prendre la parole dans toutes les causes, car il s'agit dans toutes de l'interprétation de la loi.

22. Toutes les fois que le ministère public est appelé à donner ses conclusions dans une affaire civile, il a le droit d'exiger la communication des pièces, afin qu'il puisse se former une opinion éclairée par un examen attentif du dossier; l'origine de cette formalité de procédure est très-ancienne, car, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, on trouve un très-grand nombre d'arrêts de règlement sur la nécessité de communiquer aux gens du roi les affaires dans lesquelles leur audition était exigée; ainsi ils devaient avoir communication dans leurs sièges de toutes les affaires intéressant les mineurs, les hospices, les fabriques, les communautés ecclésiastiques, etc., et un arrêt du 3 septembre 1667 leur permit de prendre la parole quand ils le jugeraient convenable. La loi du 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire spécifiait les causes dans lesquelles le ministère public devait être entendu; ses articles étaient ainsi conçus :

Article 1<sup>er</sup>. Les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif; auprès des tribunaux leurs fonctions consistent à faire observer dans les jugements à rendre les lois qui intéressent l'ordre général et à faire exécuter les jugements rendus.

Art. 3. Ils sont entendus dans les causes des pupilles, des mineurs, des interdits, des femmes mariées et dans celles où les propriétés et les droits, soit de la nation, soit d'une commune, seront intéressés; ils seront en outre chargés de veiller pour les absents indéfendus.

Ces dispositions ont été à peu près reproduites dans l'arti-

cle 83 du Code de procédure ; il est ainsi conçu : Seront communiquées au procureur impérial les causes suivantes : 1° celles qui concernent l'ordre public, l'État, le domaine, les communes, les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres ; 2° celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles ; 3° les déclinatoires sur incompétence ; 4° les règlements de juges, les récusations et renvois pour parenté et alliance ; 5° les prises à partie ; 6° les causes des femmes non autorisées par leur mari ou même autorisées lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal, les causes des mineurs et généralement toutes celles où une partie est défendue par un curateur ; 7° les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes. Le procureur impérial pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire, le tribunal pourra même l'ordonner d'office.

23. *Ordre public.* Le ministère public doit être entendu dans toutes les causes dans lesquelles l'ordre public est intéressé, c'est-à-dire dans toutes celles dans lesquelles une violation de la loi apporterait un trouble quelconque à l'ordre social ; il est difficile de donner de l'ordre public une définition plus claire : *C'est un grand mot, a dit Royer-Collard, mais ce mot est bien vague, il peut avoir dans la langue commune et il a dans nos lois des acceptions très-diverses.* Quand il s'agit de limiter le droit du ministère public et de savoir s'il doit sortir de son rôle de partie jointe pour agir par voie d'action principale, il ne faut pas donner à ce mot d'ordre public une trop grande extension, car, ainsi que l'a dit le tribun Duveyrier : *Si l'intérêt de la société est sans contredit que les crimes soient réprimés, et que les preuves qui conduisent à leur répression ne dépérissent pas, un plus grand intérêt commande que le repos de la société ne soit pas troublé, sous prétexte de l'affermir.* La communication qui doit être faite au ministère public, dans le cas qui nous occupe, ne change pas son rôle de partie jointe ; dès lors, puisqu'il s'agit simplement de son audition, il peut sans inconvénient prendre la parole dans toutes les affaires dans lesquelles l'intérêt public sera même secondairement engagé.

24. *Domaine de l'État.* L'État peut posséder au même titre qu'un simple particulier, et il a dès lors la propriété et la jouis-

sance de ses biens. Il est diversement représenté en justice, selon qu'il s'agit de la propriété des choses qu'il possède, ou seulement de leurs revenus et de leur administration. Lorsqu'il plaide comme demandeur ou comme défendeur à propos des revenus de ses biens domaniaux, il est représenté en justice par le directeur de l'administration des domaines et de l'enregistrement. Lorsqu'il plaide sur une question de propriété, il est représenté par le préfet du département où siège le tribunal devant lequel doit être portée la demande. Toutes les actions relatives au domaine de l'État doivent être communiquées au procureur impérial; en cette matière le préfet peut à son choix constituer avoué et faire plaider la cause par des avocats, ou charger le ministère public de la défense (arrêté du 10 thermidor an IV); mais, quel que soit le mode suivi, le magistrat du parquet est toujours partie jointe, il est tenu seulement de faire un rapport et de soumettre au tribunal les mémoires du préfet, puis il donne ses conclusions avec une entière liberté en faveur de celle des parties qui lui paraît avoir raison; ce n'est pas lui qui engage l'action, et si l'adversaire de l'État est un incapable, il importe qu'il ne soit pas privé de la protection que la loi lui accorde et que ses intérêts puissent au besoin être défendus, tel est le but de la communication prescrite par l'article 83 du Code de procédure, qui a modifié les dispositions des lois qui, avant 1789, donnaient l'action directe au ministère public <sup>1</sup>.

**25. Communes.** Les communes se composent de réunions de citoyens qui sont habitants ou propriétaires dans une même portion du territoire où ils sont constitués en corps administratifs. Cette agrégation d'individus forme dans l'État une personne à part, ayant son existence propre et une organisation particulière; en cette qualité ils ont des intérêts confondus, unis entre eux dans une véritable communauté; leur existence ne saurait se confondre avec celle des membres qui font partie de la même circonscription administrative dont l'existence se perpétue, abstraction faite de la vie ou du décès de chacun des communistes; ces intérêts distincts sont surveillés et défendus par un corps délibérant et par des magis-

<sup>1</sup> V. en ce sens un arrêt de cassation à la date du 8 novembre 1843. — *Contrà* Ortolan et Ledeau, *Traité du ministère public*, t. 1<sup>er</sup>, p. 341.

trats municipaux; les communes sont, comme les simples particuliers, capables de tous les actes de la vie civile; mais, comme il importait que leur avenir ne fût pas compromis par des actes téméraires, le législateur en les assimilant aux mineurs les a soumises à la tutelle de l'administration supérieure, et quand elles plaident en demandant ou en défendant, le ministère public, qui est le défenseur-né des incapables, doit se faire communiquer les pièces pour constater la régularité de la procédure et surveiller les intérêts qu'il est chargé de protéger.

26. *Établissements publics.* On comprend sous cette dénomination tous les établissements constitués par la loi et ceux fondés ou adoptés par l'État, les départements ou les communes, en vue de l'utilité publique; à ce titre ils constituent des êtres moraux, susceptibles comme les individus d'acquérir, de posséder, d'aliéner et de faire tous les actes de la vie civile, sous l'observation de certaines règles déterminées par la loi; ils se perpétuent indéfiniment, leurs droits et leurs biens se transmettent sans éprouver aucune variation du changement des personnes. La création des établissements publics est soumise à l'autorisation du gouvernement, et leur existence civile est subordonnée à l'accomplissement des formalités qui sont tracées par la loi. En ce qui concerne l'exercice de leurs droits et actions, ils sont placés sous la tutelle administrative; l'autorité publique a pour mission de surveiller leurs actes et de s'assurer qu'ils ne sont pas contraires à ce que leurs statuts permettent. De ce que les établissements publics sont placés sous la tutelle administrative, il s'ensuit qu'ils sont tenus de se faire autoriser avant d'intenter une action en justice ou d'y défendre, et que les causes qui les intéressent doivent être communiquées au ministère public.

27. *Dons et legs au profit des pauvres.* Aux termes de l'article 910 du Code Napoléon, les dispositions entre-vifs ou par testament au profit des hospices ou des pauvres d'une commune, n'ont leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par une ordonnance rendue par le chef de l'État; le conseil municipal doit être consulté aux termes de la loi du 18 juillet 1837 sur l'opportunité de l'acceptation, et le gouvernement, tout en accordant l'autorisation, a le droit de réduire la libéralité en prenant en considération les facultés du disposant et les be-

soins de sa famille. La communication au ministère public dans les causes de cette nature est une conséquence du privilège dont elles jouissent, et lorsque l'acceptation a été sanctionnée par un acte de l'autorité, c'est au défenseur des incapables qu'il appartient de surveiller d'aussi légitimes intérêts.

28. *État des personnes.* Placés dans le monde juridique, les hommes y jouissent de certains droits qu'ils sont plus ou moins capables d'exercer; suivant les distinctions, ils forment les diverses catégories dont s'occupe le législateur sous la dénomination de *personnes*. Le mot *persona* signifiait primitivement, chez les Romains, le masque dont se couvrait l'acteur; il reproduisait les traits de l'individu représenté, et il était fait de manière à porter au loin la voix, *per quem vox personabat*; plus tard ce mot fut appliqué dans un sens figuré au rôle même, et c'est dans ce dernier sens qu'il est employé dans notre droit français, où le mot *personne* signifie le rang et la place que chacun occupe, abstraction faite de l'individu. Dans certains cas il embrasse une agrégation d'individus, tels que l'État, les communes, les fabriques et toutes les autres associations auxquelles on donne le nom de *personnes morales*. Les causes qui exercent le plus d'influence sur la capacité des personnes, et qui ont motivé les diverses catégories qui en sont faites, sont l'extranéité, la minorité, la différence des sexes, le mariage, les rapports de paternité et de filiation et les infirmités intellectuelles.

Les individus dans leurs rapports, soit avec l'agrégation des membres qui composent la société, soit avec la famille, soit enfin avec chaque membre de la société pris isolément, ont des devoirs à remplir et des droits à exercer; leur capacité ou leur incapacité détermine leur état. Les questions qui s'élèvent sur les qualités constitutives de l'état des personnes se nomment questions d'état; tout ce qui s'y rattache est d'ordre public et rend par conséquent nécessaire la communication au ministère public.

29. *Tutelles.* La tutelle est une charge civile déferée par la loi, ou avec permission de la loi à une personne qui reçoit mandat d'administrer gratuitement la fortune et les biens d'un mineur et de prendre soin de son éducation; c'est un pouvoir essentiellement protecteur, qui n'a d'autre but que l'intérêt de ceux que la faiblesse de leur âge rend incapables de se diri-



ger et de se défendre; les législateurs de tous les temps ont donné à cette institution la plus grande importance; d'après les principes du droit romain, la tutelle et la curatelle étaient considérées comme des charges publiques, et ceux à qui elles étaient déferées ne pouvaient se dispenser de les accepter. Notre droit civil a adopté la même règle; il a cru cependant devoir permettre à certaines personnes de s'en excuser pour des causes qui lui ont paru mériter cette dispense, et il n'appelle à ces fonctions que ceux qu'il croit capables de les remplir convenablement dans l'intérêt du mineur, en excluant tous ceux qui se sont rendus suspects par leur conduite. Le régime des tutelles intéresse au plus haut point la société, car il a pour objet l'état des personnes, le gouvernement des familles et la conservation de leur patrimoine; aussi à ces divers points de vue le ministère public devait-il être appelé à donner son avis dans toutes les causes relatives à la tutelle des mineurs.

30. *Déclinatoires pour cause d'incompétence.* Le Code de procédure civile, sous la qualification de renvoi, traite des déclinatoires pour cause d'incompétence; c'est l'exception par laquelle une partie soutient qu'un tribunal saisi d'une contestation n'a pas qualité pour la juger et demande que la cause soit renvoyée devant les juges compétents; l'incompétence dont s'occupe la loi est relative ou absolue, et les articles 169 et 170 en traçant des règles différentes établissent une distinction importante entre l'incompétence *ratione personæ* et l'incompétence *ratione materiæ*. La première de ces exceptions peut être proposée lorsque le tribunal ne peut connaître de l'action, soit parce que le défendeur n'était pas domicilié dans l'arrondissement de ce tribunal, si l'action est personnelle, soit parce que l'objet du litige ne serait pas situé dans ce ressort si l'action est réelle, soit enfin parce qu'étant mixte le défendeur n'y serait pas domicilié et la chose n'y serait pas située. La seconde de ces exceptions peut être proposée toutes les fois qu'il y a eu violation des règles par lesquelles le législateur a fait attribution à chaque juridiction de la connaissance d'une certaine nature de contestation; c'est ainsi qu'une affaire criminelle ne peut être soumise à un tribunal civil et que l'autorité judiciaire ne peut être appelée à connaître des matières qui sont dans les attributions de l'autorité administrative.

Il est d'ordre public que chaque juridiction doit se renfermer dans les limites de sa compétence, et le ministère public doit intervenir toutes les fois qu'un déclinatoire d'incompétence est soulevé; nous n'adopterons pas à cet égard la distinction faite par Pigeau, qui soutient que l'incompétence *ratione materiae* exige seule la communication parce qu'elle est d'ordre public, les termes de l'article 83 sont absolus et ils s'appliquent à l'une et à l'autre de ces deux exceptions, disons seulement que le ministère public ne pourrait pas soulever d'office le déclinatoire dans le cas où le tribunal serait incompétent *ratione personæ*, parce que l'ordre public n'est pas suffisamment intéressé.

31. *Règlement de juges.* Le règlement de juges est la décision par laquelle une autorité judiciaire supérieure déclare quel est, de deux tribunaux saisis de la même contestation, celui qui a compétence pour en connaître, soit que ces tribunaux aient retenu, soit qu'ils aient répudié simultanément la connaissance du litige. Dans le premier cas il y a conflit positif, et dans le second conflit négatif. Il y a encore lieu à règlement de juges lorsqu'un tribunal a été récusé tout entier ou s'est abstenu.

La demande en règlement de juges n'est pas sujette à conciliation, elle est formée par requête contenant constitution d'avoué, elle est communiquée au ministère public qui donne ses conclusions écrites au bas de la requête, et quand l'affaire est ensuite portée à l'audience il prend la parole.

*Récusations et renvois pour parenté et alliance.* On entend par récusation le droit que la loi accorde aux parties de demander qu'un juge s'abstienne de connaître du procès qui lui est régulièrement déféré; le projet du Code de procédure portait que les juges pouvaient être récusés, mais dans la généralité de ses termes cette disposition s'applique au ministère public partie jointe, aux avocats et avoués appelés à défaut de juges suppléants pour compléter le tribunal; elle s'applique également aux juges consulaires, aux juges de paix et aux arbitres. Quand le ministère public agit comme partie principale, il a le même droit que les parties litigantes, et il peut dès lors proposer comme elles cette exception.

Sous l'ancien droit les causes de récusation n'avaient pas été indiquées, tout motif pouvait être proposé et accepté s'il

était bon et juste ; notre législation moderne, plus sage sur ce point, pose des bases invariables, et elle ne permet plus qu'un juge soit récusé pour d'autres causes que celles qui sont énumérées dans la loi ; l'exercice de cette exception est facultatif, et les parties sont libres d'y renoncer.

La récusation touche aux plus graves intérêts, elle est une garantie donnée aux parties contre la partialité du juge, elle est une satisfaction donnée à la dignité du magistrat auquel il est permis de demander réparation d'une agression injurieuse ; aussi à tous ces divers points de vue il importait que le ministère public fût entendu.

32. *Prises à partie.* La prise à partie est une voie extraordinaire, ouverte au plaideur contre le juge prévaricateur, à l'effet de le faire déclarer responsable du préjudice qu'il lui a causé et de le faire condamner à des dommages-intérêts ; c'est une action purement civile du ressort de la justice civile, son admission ouvre un recours contre la sentence rendue qui peut par suite être annulée.

Cette action est de droit strict et ne peut être exercée que dans les cas et d'après les conditions spécialement indiquées par les articles 505 et suivants du Code de procédure civile ; le mot *juge* employé par la loi est général et s'applique à tous ceux qui administrent la justice, il comprend dès lors les officiers du ministère public, et il n'est pas nécessaire, pour les actionner, de demander préalablement l'autorisation du Conseil d'État. Les prises à partie tiennent à l'ordre public puisqu'elles sont la suite d'une accusation portée contre le juge, il importe donc à la dignité de la magistrature que ces accusations ne soient pas accueillies sans que le ministère public ait été préalablement appelé à donner son avis.

33. *Femmes mariées.* Le paragraphe de notre article ne s'occupe que de la femme engagée dans les liens du mariage, les femmes majeures sont aussi bien que les hommes capables de tous les actes de la vie civile, mais le mariage apporte à leur capacité de sérieuses modifications ; placées sous la puissance du mari elles ne peuvent ester en justice ni contracter sans son autorisation ou celle de la justice, et pour plus de garantie le législateur, imbu des préceptes de la loi romaine, a voulu que le ministère public prenne communication de toutes les affaires qui intéressent la dot, *interest reipublicæ do-*

*tes mulierum salvas esse*; car c'est le fonds destiné à subvenir aux besoins du ménage et à l'avenir de la famille.

Sous l'empire de la loi du 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, le ministère public devait être entendu dans toutes les causes où figuraient des femmes mariées, et son audition était nécessaire, alors même qu'elles étaient assistées de leurs maris; mais aux termes de notre loi la cause n'est communicable qu'autant qu'il s'agit de la dot, la protection du ministère public est inutile si la femme mariée peut contracter avec l'autorisation de son mari, elle est dès lors tout aussi capable pour tous les actes de la vie civile que si elle n'était pas mariée.

La nécessité de la communication ne souffre pas d'exception lorsque la femme mariée n'est pas autorisée de son mari, quel que soit le régime sous lequel les deux époux sont mariés, seraient-ils même séparés de biens. La communication n'est pas nécessaire lorsque l'aliénabilité du bien dotal a été permise dans les cas que la loi spécifie; il en est de même à plus forte raison lorsqu'il s'agit de biens paraphernaux.

**34. Mineurs. Interdits.** Tout individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis est mineur, il est incapable de gouverner sa personne et ses biens; parmi les mineurs, les uns sont soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle et quelquefois à ces deux puissances en même temps; les autres sont émancipés et ils sont pourvus d'un curateur sans l'assistance duquel ils ne peuvent faire aucun acte important. Dans l'ancienne jurisprudence aucune disposition de loi ne prescrivait la communication au ministère public dans les causes des mineurs, elle fut exigée par la loi de 1790, dont les dispositions ont été reproduites dans l'article 83 du Code de procédure civile. Les termes de la loi sont généraux, il faut donc en conclure que la surveillance du ministère public et son intervention sont nécessaires dans toutes les causes qui intéressent les mineurs, et que l'omission de ses conclusions frapperait de nullité le jugement rendu.

L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens, et les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits.

**35. Causes défendues par un curateur.** Le curateur est la personne chargée, soit par la justice, soit par un conseil de

famille, de veiller aux intérêts de ceux qui ne peuvent y veiller eux-mêmes, il est donné plutôt aux biens qu'à la personne, et la loi détermine les cas dans lesquels il y a lieu à la nomination d'un curateur; on en nomme un en cas d'absence, en cas d'émancipation, en cas de succession bénéficiaire, en cas de succession vacante, en cas de délaissement par hypothèque ou déguerpissement; il en est donné un aux aliénés, à l'enfant dont la femme est enceinte au moment de la mort du mari, aux condamnés à une peine afflictive ou infamante, pour les représenter pendant toute la durée de leur peine. Les curateurs ne peuvent aliéner, ils doivent donc être soumis au contrôle du ministère public dans les procès où ils jouent un rôle.

La loi ne s'explique pas sur les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, il faut donc en conclure que dans les causes qui les intéressent la communication au ministère public n'est pas exigée, car le prodigue assisté de son conseil n'est frappé d'aucune incapacité, tous les actes de la vie civile lui sont permis; moyennant cette assistance, il n'y a donc pas de fraude à craindre.

36. *Absence.* L'absence est l'état de l'homme qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, dont on n'a point de nouvelles et dont l'existence est incertaine; le législateur dans sa sollicitude veille aux intérêts de ceux qui se trouvent dans cette situation équivoque qui ne leur permet pas de prendre soin de leurs affaires, les tiers peuvent avoir des intérêts à débattre avec la personne qui a disparu, et il fallait pouvoir les mettre à même de les faire valoir, sans attendre le retour de celui avec lequel ils ont des affaires à débattre, ou la preuve de son décès. Enfin l'intérêt général exige que les biens ne restent pas trop longtemps abandonnés, car si le propriétaire tire seul profit du sol qu'il féconde, c'est pour tous qu'il produit. C'est à ces divers points de vue que le législateur a mis les absents au nombre des incapables, et que comme eux il les protège.

On distingue dans l'absence trois périodes : la première est celle de la présomption d'absence, elle commence avec l'incertitude sur l'existence de la personne qui a quitté le lieu de sa résidence accoutumée sans donner de ses nouvelles et sans charger personne de ses affaires, mais dont la disparition n'a pas encore duré cinq ans. S'il y a nécessité de pourvoir à l'ad-

ministration des biens laissés par une personne présumée absente, le tribunal compétent saisi par les parties intéressées ordonnera les mesures nécessaires.

L'éloignement du domicile et le défaut absolu de nouvelles font naître sur l'existence de la personne qui a disparu une incertitude qui augmente à mesure que le temps s'écoule, et la présomption de sa mort devient de jour en jour plus vraisemblable. Si cet état se prolonge pendant cinq ans ou pendant dix ans, dans le cas où une procuration a été laissée, les parties intéressées peuvent provoquer une mesure générale et permanente, et, après avoir par tous les moyens constaté le défaut absolu de nouvelles, ils se pourvoient devant le tribunal afin de faire déclarer l'absence, et ils se font provisoirement envoyer en possession en fournissant caution : telle est la seconde période de l'absence.

Mais cette situation encore incertaine devait avoir un terme, les intéressés ne pouvaient pas être indéfiniment placés sous le coup de mesures qui enchaînent leur liberté ; si l'absence continue pendant trente ans, ils peuvent se faire envoyer en possession définitive après avoir accompli les formalités exigées par la loi : telle est la troisième période de l'absence.

Dans les contestations qui surgissent devant les tribunaux entre les divers intéressés et le présumé absent, ce dernier est représenté par la personne chargée de défendre ses intérêts ; le ministère public est partie jointe, la cause lui est communiquée comme le sont toutes celles dans lesquelles figure un incapable, car l'absence affecte l'état et la capacité de la personne à laquelle il est dû protection ; il peut aussi directement provoquer des mesures conservatoires, et il agit d'office dans les cas que nous spécifierons en traitant de l'action directe.

L'audition du ministère public n'est plus nécessaire dans les causes qui intéressent les personnes dont l'absence a été déclarée, le texte de la loi contraire au vœu du tribunal est formel sur ce point.

37. *Autres causes.* L'énumération donnée par l'article 83 du Code de procédure civile des causes qui doivent être communiquées au ministère public n'est pas complète, son audition est encore exigée dans d'autres affaires, et notre législation renferme à cet égard diverses dispositions que nous allons successivement parcourir.

**38. Cession de biens.** La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes, elle est volontaire ou judiciaire; la cession volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, c'est un contrat qui s'établit entre le débiteur et ses créanciers, et qui n'a pas besoin d'être sanctionné par les tribunaux. La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers. Les demandes de cette nature doivent être communiquées au ministère public. Aux termes de l'article 900 du Code de procédure, il doit veiller à ce que ce bénéfice ne soit pas accordé aux personnes auxquelles la loi le refuse, il doit s'assurer que le débiteur est malheureux et de bonne foi et qu'il ne cherche pas à se soustraire frauduleusement aux poursuites de ses créanciers.

**39. Désaveu.** Le désaveu est la désapprobation de la conduite d'un officier ministériel qu'on accuse d'avoir excédé ses pouvoirs, il est le plus ordinairement dirigé contre les avoués, le Code de procédure en règle la forme et les cas dans lesquels il peut se produire. Aux termes de l'article 359 ces demandes doivent être communiquées au ministère public, elles intéressent l'ordre public puisqu'elles peuvent compromettre le caractère d'un officier public et le soumettre à des peines disciplinaires.

**Distribution par contribution.** Quand les sommes à partager provenant de la vente d'objets mobiliers après saisie est insuffisante pour payer tous les créanciers opposants, il y a lieu à contribution; la répartition se fait entre eux au marc le franc, dans les formes indiquées dans les articles 673 et suivants du Code de procédure, et chacun contribue, sauf le cas de privilège, à la perte commune. Le jugement est rendu sur le rapport du juge-commissaire et sur les conclusions du ministère public; ce magistrat a mission de contrôler la procédure et de s'assurer que les intérêts des créanciers ne seront pas compromis dans la distribution qui sera faite.

**40. Emprisonnement.** Quand un jugement prononce la contrainte par corps, celui au profit de qui il a été rendu est autorisé à en poursuivre l'exécution et à priver son débiteur de sa

liberté pour le contraindre au paiement de sa dette; le Code de procédure détermine dans ses articles 780 et suivants les formes à suivre pour l'exercice d'une mesure aussi rigoureuse; l'audition du ministère public est prescrite à peine de nullité du jugement qui serait rendu sans ses conclusions, car l'intervention de ce magistrat est une garantie de la protection due à la liberté individuelle.

**41. Faux incident.** Le faux incident est le moyen employé pour faire rejeter comme fausse une pièce produite dans le cours d'une instance; la partie à laquelle on l'oppose n'est pas obligée de se pourvoir par les voies criminelles pour la faire rejeter, elle n'a pas intérêt à rechercher qui l'a falsifiée ou fabriquée, le procès est fait à la pièce, et il lui suffit de s'inscrire en faux pour la faire rejeter. La procédure à suivre sur le faux incident se divise en trois parties qui se déterminent chacune par un jugement spécial et séparé. Aux termes de l'article 251 du Code de procédure, tout jugement d'instruction ou définitif en matière de faux ne peut être rendu à peine de nullité, que sur les conclusions du ministère public dont l'action vigilante est mise en éveil par l'accusation dirigée contre la pièce arguée de faux.

**42. Vérification d'écriture.** L'acte sous seing privé ne fait foi qu'autant que l'écriture n'est pas déniée, ou qu'elle a été reconnue en justice; aussi pour la faire rejeter d'un procès il n'est pas nécessaire de s'inscrire en faux, il suffit à celui auquel on l'oppose de déclarer qu'il méconnaît l'écriture ou la signature : tel est le résultat de la vérification d'écriture dont le Code de procédure règle les formes dans ses articles 193 et suivants; les causes de cette nature ne doivent pas être nécessairement communiquées au ministère public, son intervention n'est pas indispensable comme dans les instances en inscription de faux, et l'article 202 spécifie le cas dans lequel son audition est prescrite.

**43. Ordre.** C'est la procédure par laquelle on règle entre des créanciers privilégiés et hypothécaires le prix provenant d'une vente immobilière; en cette matière le ministère public exerce une surveillance générale sur les diverses parties de la procédure; comme défendant les droits de la masse des créanciers, il doit se faire communiquer les actes de production dressés par les avoués, il doit vérifier s'ils sont mentionnés



dans le procès-verbal du juge-commissaire, et si des meubles sont vendus, il doit veiller à ce que le prix soit exactement déposé à la caisse des dépôts et consignations (loi du 28 nivôse an XIII).

**44. Séparation de corps.** C'est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble que leur imposait le mariage; très-différente du divorce, elle ne brise pas le lien conjugal, elle le relâche et en modifie seulement les devoirs; la loi spécifie les cas pour lesquels la demande en séparation de corps peut être demandée et elle détermine les formes à suivre; comme elle a pour effet de dégager les époux de l'obligation la plus importante que crée le mariage, de demeurer l'un avec l'autre et de concourir en commun à la prospérité de la famille que produira leur union, le législateur a voulu que ces demandes fussent précédées d'un essai de conciliation que tentera le président du tribunal, et qui suffira le plus souvent pour arrêter une action téméraire et irréfléchie. Si les efforts de ce magistrat sont infructueux, la demande est instruite et jugée sur les conclusions du ministère public dans les formes établies pour les autres demandes (art. 879 du Code de procédure civile); il doit examiner avec soin les griefs articulés et s'opposer à l'admission de toute demande qui serait le résultat d'un accord arrêté entre les époux. Dans certains cas qui seront plus tard développés, en traitant de l'action directe, le ministère public prend des réquisitions, et il devient dès lors partie principale dans l'incident.

**45. Succession bénéficiaire.** L'héritier peut accepter une succession sous bénéfice d'inventaire seulement, et en accomplissant certaines formalités qui sont tracées par la loi pour ce mode d'acceptation, il s'affranchit des charges de la succession qui excéderaient l'émolument; mais pour prévenir toute fraude et empêcher l'héritier de préjudicier aux droits des créanciers du défunt par son immixtion dans les biens de ce dernier, la loi exige qu'il déclare ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire et que cette déclaration soit suivie ou précédée d'un inventaire fidèle.

S'il y a lieu de procéder à la vente du mobilier et des rentes dépendant de la succession, la vente doit être faite suivant les formalités prescrites pour la vente de ces sortes de biens; celle des immeubles ne peut avoir lieu qu'après l'accomplissement

des formes prescrites par les articles 987 et 988 du Code de procédure, l'héritier bénéficiaire doit présenter requête au président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, les immeubles à vendre y sont sommairement désignés et elle est communiquée au ministère public. C'est sur ses conclusions qu'est rendu le jugement qui autorise la vente et fixe le prix, ou qui ordonne que les immeubles seront préalablement vus et estimés par un expert nommé d'office. Lorsqu'un curateur a été nommé pour gérer la succession bénéficiaire, le ministère public figure comme partie jointe dans toutes les causes qui sont défendues par ce curateur.

46. *Enregistrement.* Aux termes de la loi du 22 frimaire an VII, la solution des difficultés qui peuvent s'élever relativement à la perception des droits d'enregistrement avant l'introduction des instances, appartient à la régie; les parties peuvent donc préalablement s'adresser à l'administration et lui soumettre leurs observations, mais elle n'a pas une juridiction nécessaire, et si sa solution n'est pas acceptée, les réclamations doivent être portées devant les tribunaux civils qui ont reçu mission de connaître de toutes les affaires relatives à la perception des droits d'enregistrement.

L'instruction des instances suivies par la régie pour le recouvrement des perceptions qui lui sont confiées, se fait par simples mémoires respectivement signifiés sans plaidoiries, mais avant d'engager l'affaire, les droits d'enregistrement sont préalablement demandés par une contrainte; les jugements sont rendus sur le rapport fait en audience publique par le juge commis et sur les conclusions orales du ministère public.

47. *Contributions indirectes.* Le paiement des droits dus à la régie des contributions indirectes est réclamé par une contrainte décernée contre les redevables (loi du 28 avril 1816), les contestations sur le fond des droits demandés doivent être jugées par les tribunaux civils avec les formalités prescrites en matière d'enregistrement (loi du 5 ventôse an XII) : l'instruction se fait dès lors sur simples mémoires respectivement signifiés, et les jugements sont rendus sans plaidoiries sur le rapport d'un juge et sur les conclusions orales du procureur impérial.

48. *Communication d'office.* Nous avons ainsi successivement énuméré toutes les causes au sujet desquelles la commu-

nication au ministère public est exigée, nous devons ajouter qu'il a le même droit pour toutes celles qui lui paraissent devoir motiver son audition, et que le tribunal peut l'ordonner d'office, s'il le juge nécessaire.

Une cause qui n'est pas communicable peut néanmoins soulever des questions assez importantes pour qu'il paraisse nécessaire à l'organe de la loi de prendre la parole; les intérêts civils donnent parfois naissance à des luttes d'un ordre élevé, et l'impartialité du magistrat du parquet est une garantie irrécusable de son équitable appréciation. Parfois le tribunal est indécis, et il est bien aise d'avoir l'avis désintéressé du ministère public, qui ne peut dès lors refuser son concours; sans doute il remplirait le vœu de la loi en s'en rapportant à la sagesse du tribunal, mais il est convenable qu'il examine soigneusement l'affaire et qu'il donne des conclusions motivées.

## SECTION III.

*Formes et effets de la communication au ministère public.*

## SOMMAIRE.

- 49. Délai dans lequel elle doit être faite.
- 50. Défaut de communication.

49. Dans l'ancien droit les communications aux gens du roi se faisaient au parquet; les avocats de la cause ne se bornaient pas à remettre les pièces, ils exposaient sommairement l'affaire. L'article 83 du décret du 30 mars 1808 règle les délais et la forme de la communication, elle se fait au parquet par les avoués avant l'audience à laquelle la cause doit être appelée; dans les causes contradictoires elle est faite trois jours avant celui indiqué pour les plaidoiries. Le ministère public doit veiller avec soin à ce que les pièces lui soient exactement remises; il s'assurera ainsi de la régularité des actes de procédure, il prendra connaissance de l'affaire, et il pourra dès lors donner une opinion mûrement réfléchie, sans être obligé de solliciter un renvoi qui retarderait sans utilité la solution du procès.

50. La communication, dans les causes dans lesquelles elle est prescrite, n'est pas une formalité de pure forme; le magistrat du parquet, après avoir pris connaissance des pièces,

est tenu de donner des conclusions orales, et le jugement doit faire mention de son audition; l'absence de communication et de conclusions dans les causes essentiellement communicables entraîne la nullité du jugement rendu; s'il est en premier ressort cette nullité doit être poursuivie par la voie de l'appel; s'il est en dernier ressort c'est par voie de requête civile qu'il faut se pourvoir devant la Cour de cassation; la partie dans l'intérêt de laquelle la communication était ordonnée a seule qualité pour faire valoir ce moyen de nullité dans le cas où elle a succombé. C'est ainsi qu'il a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, à la date du 25 avril 1833, que le défaut de communication au ministère public dans une cause intéressant un mineur ne peut être proposé que par le mineur et non par la partie adverse; toutefois, si la cause sujette à communication était une de celles dans lesquelles l'ordre public est engagé, toutes les parties seraient recevables à proposer ce moyen de nullité, car elles seraient dès lors toutes intéressées à l'accomplissement de cette formalité; telle est sur cette question l'opinion de MM. Chauveau sur Carré et Achille Morin.

ÉDOUARD PERIER.

*(La suite à une autre livraison.)*

---

DROIT ADMINISTRATIF.

DE LA JURIDICTION DISCIPLINAIRE DES CONSEILS ACADÉMIQUES,

Par M. REVERCHON, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

Des circonstances récentes, sur lesquelles nous n'avons à exprimer ici aucune appréciation, ont donné un intérêt particulier à une question de droit administratif, controversée dans la doctrine, et que la pratique elle-même a diversement résolue; nous voulons parler de la question de savoir si les conseils académiques possèdent encore aujourd'hui, à l'égard des étudiants des Facultés, la juridiction disciplinaire dont ils étaient incontestablement investis avant 1852.

Il n'est pas nécessaire, en cette matière, de remonter au delà de l'ordonnance royale du 5 juillet 1820, relative aux Facultés de droit et de médecine, et qui a été rendue à la suite de troubles survenus dans ces écoles. Après avoir, par son article 17, attribué certains droits aux Facultés elles-mêmes sur les étudiants, l'ordonnance dont il s'agit contient, dans ses articles 18 et 19, les dispositions suivantes :

« Art. 18. Tout étudiant convaincu d'avoir, hors des « écoles, excité des troubles ou pris part à des désordres pu- « blics ou à des rassemblements illégaux, pourra, par mesure « de discipline et à l'effet de prévenir les désordres que sa « présence pourrait occasionner dans les écoles, et suivant la « gravité des cas, être privé de deux inscriptions au moins et « de quatre au plus, ou exclu des cours de la Faculté et de « l'Académie dans le ressort de laquelle la faute aura été com- « mise, pour six mois au moins et deux ans au plus. Ces puni- « tions devront être prononcées par le conseil académique. « Dans le cas d'exclusion, l'étudiant exclu pourra se pourvoir « devant la commission de l'instruction publique, qui y statuera « définitivement.

« Art. 19. En cas de récidive, il pourra être exclu de toutes « les Académies pour le même temps de six mois au moins et « de deux ans au plus. L'exclusion de toutes les Académies « ne pourra être prononcée que par la commission de l'instruc- « tion publique à laquelle l'instruction de l'affaire sera ren- « voyée par le conseil académique. L'étudiant pourra se pour- « voir contre le jugement devant le Conseil d'État. »

Il faut ajouter à ces textes l'article 36 de l'ordonnance du 2 février 1823, spéciale à la Faculté de médecine de Paris. Cet article, qui se réfère implicitement pour les juridictions à l'ordonnance de 1820, est ainsi conçu :

« Il y aura lieu, selon la gravité des cas, à prononcer l'ex- « clusion, à temps ou pour toujours, de la Faculté, de l'Aca- « démie ou de toutes les Académies du royaume, contre l'étu- « diant qui aurait, par ses discours ou par ses actes, outragé « la religion, les mœurs ou le gouvernement, qui aurait pris « une part active à des désordres, soit dans l'intérieur de l'é- « cole, soit au dehors, ou qui aurait tenu une conduite notoi- « rement scandaleuse. »

Cet état de choses n'a été changé ni par la loi du 15 mars

1850, qui a organisé la liberté de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire, ni par le décret législatif du 9 mars 1852. Ce n'est pas que la loi de 1850 ne renfermât quelques dispositions au sujet de l'enseignement supérieur : son article 14, par exemple, chargeait le conseil académique d'instruire les affaires disciplinaires concernant les membres de l'enseignement public, soit secondaire, soit supérieur, qui lui seraient renvoyées par le ministre ou par le recteur ; mais elle ne s'occupait pas des affaires de cette nature relatives aux étudiants, et par conséquent elle laissait subsister les règles antérieures. Quant au décret du 9 mars 1852, son article 3 a transféré, soit au ministre de l'instruction publique, soit à l'Empereur, la juridiction que la loi de 1850 avait attribuée ou conservée aux conseils académiques et au conseil supérieur de l'instruction publique, en ce qui concerne les membres de l'enseignement public secondaire ou supérieur ; mais il a également gardé le silence en ce qui touche les étudiants.

Est enfin survenue la loi du 14 juin 1854, et c'est elle qui a fait naître la question ci-dessus posée. Cette loi est divisée en deux titres : le premier, comprenant les articles 1 à 12, est intitulé : *De l'administration de l'instruction publique* ; le second, qui ne comprend que les articles 13 à 15, contient des *dispositions spéciales aux établissements d'enseignement supérieur*. L'article 1<sup>er</sup> substitue seize Académies<sup>1</sup> aux quatre-vingt-six Académies que la loi de 1850 avait créées. Les articles suivants établissent un conseil académique dans chaque Académie et un conseil départemental de l'instruction publique dans chaque département ; ils répartissent entre ces deux conseils les attributions que la loi de 1850 avait conférées à un seul conseil. L'article 4, le seul qui s'occupe des attributions des nouveaux conseils académiques, est ainsi conçu : « Le conseil académique veille au maintien des méthodes d'enseignement prescrites par le ministre en conseil impérial de l'instruction publique, et qui doivent être suivies dans les écoles publiques d'instruction primaire, secondaire ou supérieure du ressort. Il donne son avis sur les questions d'ad-

<sup>1</sup> Il y en a aujourd'hui dix-sept, une Académie ayant été créée à Chambéry lors de l'annexion de la Savoie.

« ministration, de finance ou de discipline, qui intéressent les  
 « collèges communaux, les lycées et les établissements d'ensei-  
 « gnement supérieur. »

*Inclusio unius, dit-on, exclusio alterius!* D'ailleurs, en appelant le conseil académique à donner un simple avis sur les questions de discipline qui intéressent les établissements d'enseignement supérieur, le législateur de 1854 a évidemment entendu le réduire à ce rôle consultatif et lui enlever toute juridiction. On fortifie cet argument, quelque peu insuffisant par lui-même, en invoquant le passage suivant du rapport présenté au Corps législatif<sup>1</sup> par M. Langlais, alors député, organe de la commission chargée de l'examen de la loi :

« Transportons-nous maintenant au siège de l'Académie. Là  
 « nous trouvons le recteur, assisté d'inspecteurs et d'un conseil  
 « qui prend le nom de conseil académique. Quelles sont les  
 « attributions, quelle est la composition de ce conseil? — Le  
 « conseil académique n'est plus cette autorité consultative,  
 « administrative et judiciaire que la loi de 1850 avait placée au  
 « chef-lieu de chaque département. Le conseil académique  
 « nouveau est un pouvoir consultatif. Son rôle, c'est de veiller  
 « au maintien, dans les écoles publiques, des méthodes d'en-  
 « seignement prescrites par le ministre en conseil impérial  
 « de l'instruction publique. Puis il donne son avis sur les  
 « questions d'administration, de finance ou de discipline  
 « qui intéressent les établissements de l'État ou des com-  
 « munes. »

On ajoute enfin que l'autorité attribuée au ministre de l'instruction publique et à l'Empereur par le décret du 9 mars 1852, à l'égard des membres de l'enseignement public secondaire ou supérieur, doit *à fortiori* s'appliquer aux simples étudiants, auxquels il n'est pas possible d'accorder des garanties qui n'existent pas ou n'existent plus pour les professeurs. C'est ce qui achève d'expliquer, dans ce système, comment les deux ministres qui ont précédé le ministre actuel (MM. Fortoul et Rouland) n'ont pas hésité à exercer, le cas échéant, la juri-

<sup>1</sup> L'exposé des motifs, rédigé par M. Bonjean, alors président de section au Conseil d'État, ne contient rien qui puisse servir à indiquer la pensée du gouvernement quant à ce point, sur lequel, selon toute apparence, son attention ne s'est point portée.

diction dont il s'agit et à s'opposer à ce qu'elle fût exercée par les conseils académiques<sup>1</sup>.

Ces raisons sont graves assurément, et nous comprenons qu'elles aient entraîné certains auteurs, parmi lesquels nous citerons MM. Laferrière (*Cours de droit public et administratif*, 5<sup>e</sup> édit., t. II, p. 308 et 314) et Ducrocq (*Cours de droit administratif*, 2<sup>e</sup> édit., n° 132).

Sont-elles cependant décisives? Nous ne le croyons pas, et nous nous associons à l'opinion soutenue, en sens contraire, par MM. Serrigny (*Traité de l'organisation et de la compétence*, 2<sup>e</sup> édit., n° 1525) et Cabantous (*Répétitions écrites de droit administratif*, 3<sup>e</sup> édit., n° 629); nous approuvons dès lors le changement apporté par le ministre actuel à la pratique de ses prédécesseurs et accepté par la décision du conseil impérial de l'instruction publique, du 26 décembre dernier (V. *le Droit* du 29 décembre).

Ce n'est pas que, si la question avait été posée en 1854 au législateur, nous n'inclinions beaucoup à penser qu'il l'aurait résolue au profit de la juridiction ministérielle. Sous l'influence d'un courant d'idées trop bien expliqué par les circonstances, les pouvoirs publics ne songeaient guère alors qu'à restaurer partout, sauf à le fausser et à l'exagérer quelquefois, le principe d'autorité; c'était une de ces époques dont parle Montesquieu (*Grandeur et décadence des Romains*, chap. 13), où l'on appelle règle tout ce qui peut fonder l'autorité sans bornes d'un seul, et où l'on nomme trouble, dissension, mauvais gouvernement, tout ce qui peut maintenir l'honnête liberté des sujets, c'est-à-dire constituer un frein contre les abus possibles de cette autorité. Heureusement la réaction qui emportait alors les esprits dans cette voie a commencé à en produire une autre en sens opposé, et il n'y a pas lieu, quant à présent, de craindre l'excès de celle-ci. Sans sortir de notre sujet, nous aimons à constater qu'elle a produit un premier amendement, dont il faut accepter le bienfait avec gratitude en attendant mieux, au régime auquel le décret de 1852 a assujéti les professeurs; nous faisons allusion ici au décret du 11 juillet 1863, dû au ministre actuel, et qui a institué un comité chargé de donner

<sup>1</sup> Si nous sommes bien informé, il y a eu quelques hésitations à ce sujet dans l'esprit de M. Fortoul, mais non dans l'esprit de M. Rouland.



son avis toutes les fois qu'il pourra y avoir lieu à la révocation d'un professeur de l'enseignement public secondaire ou supérieur. Assurément, si l'on compare cette garantie à celles qui protègent, à bon droit d'ailleurs, l'état des officiers, on ne peut qu'être surpris et affligé de la comparaison, et l'on comprend que l'un des auteurs qui viennent d'être cités se soit demandé, en présence de cet état de choses, comment il se fait *que la force aveugle qui tue soit préférée à la science qui éclaire les hommes!* Mais quoique fort incomplet encore, le progrès n'en est pas moins réel, le signal du revirement n'en est pas moins donné, et la pratique actuelle de l'administration, dans la matière spéciale qui nous occupe, en fournit une nouvelle preuve.

Cette pratique, au surplus, est conforme à la loi; de courtes observations nous suffiront maintenant pour l'établir.

L'article 4 ci-dessus transcrit de la loi de 1854 énumère, il est vrai, certaines attributions qu'il confère au conseil académique; mais cette énumération, qui n'est pas limitative dans ses termes et dans sa forme, ne l'est pas davantage au fond. Elle ne l'est pas, d'abord parce que la loi n'abroge (art. 15 et dernier) les lois et règlements antérieurs qu'en ce qu'ils ont de contraire à ses propres dispositions. Elle ne l'est pas, en second lieu, parce que cette loi, qui n'a eu d'autre objet que de relever l'importance des recteurs et des préfets, réduits à un rôle modeste par la loi du 15 mars 1850, n'est pas une loi générale, soit sur l'instruction publique, soit sur l'organisation et les fonctions des autorités préposées à ce grand service. Aussi a-t-elle pris soin de marquer les limites dans lesquelles elle entendait se renfermer : son titre 1<sup>er</sup>, qui comprend l'article 4, est exclusivement relatif à *l'administration de l'instruction publique*, et son titre 2, relatif à l'enseignement supérieur, ne contient que deux dispositions, étrangères à toute question de juridiction. Si le législateur avait eu l'intention de transporter au ministre les attributions des conseils académiques à l'égard des étudiants des Facultés, il n'aurait pas manqué de rédiger explicitement cette grave innovation et de la placer dans le titre 2, auquel elle se serait naturellement rattachée.

Quant au rapport de M. Langlais, il pourrait suffire de dire qu'un rapport ou un exposé de motifs peut bien servir à inter-

préter une disposition dont le sens est douteux, mais qu'il ne peut suppléer à l'absence de toute disposition, alors surtout qu'il s'agirait de renverser une juridiction existante et d'y substituer une juridiction nouvelle. On a vu, d'ailleurs, que ce rapport ne fournit que des inductions *à contrario*; or, sans insister sur la faiblesse habituelle d'un tel argument, il n'est pas possible d'admettre que la commission, si elle avait eu la pensée qu'on lui prête, ne l'eût pas formellement exprimée et motivée.

Rien ne s'oppose, d'ailleurs, dans les matières administratives, à ce que le même corps possède à la fois des attributions simplement consultatives et des attributions juridiques ou de juridiction. Ce double caractère se rencontrait, par exemple, avant la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, dans les commissions spéciales créées par la loi du 16 septembre 1807; il existe encore aujourd'hui dans les conseils de préfecture. Un caractère, sinon semblable, du moins analogue, existe même dans le Conseil d'État : car, si ce dernier Conseil n'a en général que des avis à émettre, il est cependant investi d'un pouvoir propre en ce qui concerne les amendements aux projets de lois<sup>1</sup>.

Ainsi, au point de vue du texte seul, il faut reconnaître que, quoique la loi de 1854 ait conféré certaines attributions aux conseils académiques, il ne suit pas de là qu'ils n'aient pas conservé celles de leurs autres attributions qui n'ont rien d'incompatible avec celles-là, si cette même loi ne les en a pas expressément dépouillés.

Cette conclusion, qui découle des règles ordinaires de l'interprétation des lois, a d'ailleurs l'avantage de maintenir un état de choses évidemment préférable à celui qu'il s'agirait de lui substituer.

En premier lieu, il est clair que la juridiction des conseils académiques offre aux étudiants des garanties qu'ils ne trouveraient pas, qu'ils ne pourraient pas trouver devant le ministre. Cette juridiction, plus rapprochée d'eux (puisque les Facultés ne sont pas toutes concentrées à Paris), peut et même doit les appeler à s'expliquer devant elle, à présenter oralement leurs

<sup>1</sup> Nous avons eu l'occasion de relever ailleurs l'étrange erreur commise à cet égard dans un rapport présenté au Sénat (*Revue pratique du droit français*, 15 avril 1864).

justifications; elle ne rendra pas, comme le ministre, une décision à huis clos, sur le simple avis du recteur et sur le rapport des bureaux du ministère. Il est bien vrai que, dans ce dernier système, des explications écrites pourraient être et seraient probablement demandées à l'étudiant inculpé; mais ces explications, fussent-elles même intégralement mises sous les yeux du ministre, n'équivaudraient jamais à une défense verbale devant le juge lui-même.

En second lieu, l'intérêt de la répression, qu'il ne faut pas moins sauvegarder, est ici d'accord avec l'intérêt des inculpés. Précisément parce que sa composition et ses formes de procéder présentent plus de garanties à la défense, la juridiction des conseils académiques imprimera à ses décisions disciplinaires une autorité morale que n'auraient pas, au même degré, celles du ministre.

Enfin il ne serait pas sans inconvénients pour celui-ci de prendre, hors le cas de nécessité absolue, un rôle de juge répressif en pareille matière. Mieux vaut, pour le ministre, laisser la sévérité éventuelle de ce rôle à un corps qui en portera plus utilement la responsabilité; mieux vaut, pour le ministre, ne pas commettre son autorité dans de semblables débats, et la réserver pour de plus hauts intérêts: bien loin d'y perdre, le principe d'autorité, sainement entendu, ne peut qu'y gagner.

Qu'importe que cette solution ait pour résultat de placer les professeurs sous un régime moins protecteur que celui des étudiants? Il ne serait pas impossible de comprendre (sans l'approuver assurément) cette différence. Le professeur, après tout, est un fonctionnaire public; il l'est par son libre choix, et il a contracté, à ce titre, des obligations particulières envers le gouvernement; si l'on ne voit que ce côté de la question, on peut trouver naturel ou du moins admissible qu'il subisse la conséquence attachée par la législation actuelle à la situation qu'il s'est faite lui-même, en d'autres termes, qu'il demeure soumis à l'autorité exclusive et discrétionnaire du ministre duquel il relève. L'étudiant n'est pas encore et ne sera peut-être jamais un fonctionnaire public: il est sans doute tenu, comme tout Français, de respecter les lois et le gouvernement de son pays, mais il n'y est tenu que comme tout Français, et, s'il manque à ce devoir général, il n'ajoute pas à ce tort celui

qui résulterait de l'oubli de devoirs spéciaux. L'étudiant pourrait donc, sans qu'il y eût une choquante contradiction dans la loi, jouir en pareil cas de garanties plus larges que celles qui sont accordées à ses professeurs.

D'ailleurs, de ce que le régime qui pèse sur les professeurs est contraire à la dignité et aux intérêts des sciences et des lettres, de ce qu'il est contraire, par suite, aux véritables intérêts du pays et du gouvernement, il y a bien lieu d'en conclure que ce régime doit être changé et d'espérer qu'il le sera; il ne s'ensuit pas qu'il faille l'étendre à ceux auxquels il ne s'applique pas, et, s'il n'y avait pas harmonie sous ce rapport dans le chaos passablement confus de la législation universitaire, mieux vaudrait laisser subsister provisoirement ce défaut d'harmonie que de généraliser le mal pour établir l'uniformité. Les exemples abonderaient pour condamner le procédé contraire. Ainsi, par exemple, une jurisprudence profondément regrettable a décidé que le pouvoir de police judiciaire conféré aux préfets par l'article 10 du Code d'instruction criminelle est affranchi de toutes restrictions et de toutes règles, notamment de celles qui sont imposées à ce pouvoir exercé par les procureurs impériaux, et même de celles qui sont imposées aux juges d'instruction. Faudrait-il donc en conclure, pour rétablir l'harmonie, que les procureurs impériaux et les juges d'instruction peuvent mettre de côté les prescriptions du Code d'instruction criminelle et remplir leur mission en cette matière avec la latitude illimitée que la jurisprudence dont il s'agit a cru devoir accorder aux préfets? Telle n'est pas, jusqu'à ce jour, la logique qui a prévalu; elle ne doit pas, ce nous semble, prévaloir davantage dans la question actuelle.

A notre sens donc, la juridiction disciplinaire des conseils académiques sur les étudiants des Facultés n'a point été abrogée par la loi du 14 juin 1854; elle continue à subsister, et nous sommes de ceux qui se félicitent, au point de vue législatif et au point de vue administratif, de trouver cette thèse justifiée au point de vue légal.

E. REVERCHON.

## BIBLIOGRAPHIE.

## LE LIVRE DES DROITS ET DES COMMANDEMENTS D'OFFICE DE JUSTICE,

Publié d'après un manuscrit par M. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, procureur impérial à Chartres. — Paris, Durand, 1865, 2 vol. in-8°.

Compte rendu par M. L. DE VALROGER,  
professeur à la Faculté de droit de Paris.

La première source de notre droit coutumier se trouve dans les usages que les Germains apportèrent dans notre pays. Ces usages furent précisés et formulés par les lois nationales des divers peuples qui furent incorporés dans la monarchie franque : Francs Saliens et Ripuaires, Visigoths, Burgundes ou Bourguignons, Lombards, Alemans, Bavaois, Frisons, Thuringiens, Saxons. Ajoutez la législation anglo-saxonne, qui n'est pas la moins vive expression des coutumes germaniques.

Plus tard la féodalité se fonde. Il s'établit des usages féodaux : un second élément s'ajoute ainsi au premier. La féodalité met son empreinte sur les choses même qui ne dérivait pas d'elle.

Tel était le fond de notre droit coutumier, mélange d'usages germaniques et féodaux, lorsque eut lieu la renaissance du droit romain. Elle suscita une renaissance du droit français. Sous l'influence romaine, il s'améliore, s'épure, se transforme; en même temps il se fixe et s'écrit : des praticiens, des magistrats prennent la plume pour exposer les coutumes de leur contrée.

Tous ne le firent pas dans le même esprit. Dans *le Conseil de Desfontaines*, le droit romain est perpétuellement mêlé à la coutume française. L'auteur du livre *de Justice et plet* y mêle, non-seulement le droit romain, mais le droit canonique. De même fit l'auteur inconnu d'un coutumier de l'Orléanais, qu'on a, par une étrange méprise, considéré comme un Code émané de saint Louis; parce qu'on trouvait dans les premiers chapitres un Établissement, c'est-à-dire une ordonnance du saint roi. Tout autre fut le procédé suivi par l'auteur du *Coutumier de Normandie* et par Beaumanoir dans ses *Coutumes du Beauvoisis*. Ce ne sont point des légistes, des clercs. Ils n'ont point étudié le droit romain, le droit canonique; mais ils ont une

profonde connaissance des coutumes du pays au point de vue duquel ils écrivent. Ils exposent son droit, sans mélange d'un autre droit, d'un autre esprit. Voilà le caractère commun de ces deux ouvrages, fort inégaux au reste en mérite. L'auteur normand n'est qu'un praticien; Beaumanoir est un noble cœur, un esprit large et élevé : le style est à la hauteur de la pensée; c'est déjà une belle langue française, plus avancée que celle de Joinville. Ces deux auteurs nous présentent la plus vive peinture de leur temps : lisez Joinville et Beaumanoir, vous verrez la France du XIII<sup>e</sup> siècle se dresser devant vous.

Le progrès qui avait alors marché si vite ne continua pas aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles. C'est l'époque de la guerre de cent ans : la France défend sa nationalité menacée. En même temps elle tente de conquérir la liberté politique. Ces deux efforts n'eurent pas le même succès : la nationalité française sortit plus forte de cette épreuve; mais la liberté politique ne fut pas fondée. Des crises révolutionnaires la compromirent : la France passa de l'enthousiasme au dégoût, de l'ardeur à la lassitude et s'abandonna à l'autorité royale. Une époque si troublée, si orageuse était peu favorable à de calmes études. Aussi ce fut pour le droit un temps de décadence et de stérilité. On ne rencontre que deux ouvrages de quelque importance : le *Somme rurale* de Boutillier, et le livre connu sous le nom de *Coutumier de Charles VI*, parce qu'on le suppose composé sous ce triste règne. Ce ne sont que des compilations : qu'on est loin de Beaumanoir!

Une œuvre du même genre vient d'être mise au jour par un magistrat instruit et laborieux, que notre *Revue* se félicite de compter parmi ses collaborateurs. M. Beautemps-Beaupré, à qui l'on devait déjà la publication de coutumes inédites du Vermandois, nous a donné un coutumier plus étendu qu'il avait trouvé à la bibliothèque de l'Arsenal. Ce manuscrit, qui fit partie de la bibliothèque de Daguesseau, fut connu de Laurière qui le cita sous le nom de *Pratique de Cholet*. Le nom de Cholet figure en effet à la fin du manuscrit, mais d'une manière qui annonce plutôt celui qui a transcrit l'ouvrage que celui qui l'a composé. La transcription est datée de 1424; l'ouvrage remonte donc au moins au commencement du XV<sup>e</sup> siècle. Les coutumes exposées paraissent être celles du Poitou. C'est une compilation du genre le plus humble,

écrite au jour le jour, sans plan, sans méthode, sans vue d'ensemble. Mais la pauvreté du travail n'efface point le prix du témoignage : comme constatation des coutumes du temps, cet ouvrage a son intérêt malgré le peu de cas qu'on peut faire de l'ouvrier. Cette publication jette une lumière nouvelle sur les vicissitudes de nos coutumes françaises dans l'intervalle écoulé depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la rédaction solennelle, faite au XVI<sup>e</sup>, qui leur donna leur dernière forme.

Un des plus grands services qu'on puisse rendre à l'histoire du droit, c'est de livrer à la science les monuments inédits qui peuvent éclairer cette histoire d'époque en époque. Mais de telles publications coûtent des soins et veulent des hommes bien versés dans la connaissance du passé. Ni ces soins ni cette connaissance n'ont manqué à la publication de M. Beautemps-Beaupré. L'exposition méthodique qu'il a faite des usages constatés par ce coutumier, pour corriger le défaut de plan que nous avons signalé, montre que notre ancien droit lui est aussi familier que le droit actuel.

M. Beautemps-Beaupré annonce la publication d'autres coutumes d'Anjou et du Maine ; elles seront aussi bien reçues. Nous croyons savoir qu'il a encore tourné ses recherches vers le livre si mal qualifié d'*Établissements de saint Louis*. Nous souhaitons fort qu'il nous en donne, d'après les manuscrits, une nouvelle édition qui réponde à l'état actuel de la science, et qui fixe définitivement dans l'opinion le vrai caractère de cette œuvre.

L. DE VALROGER.

## LES JUIFS ALGÉRIENS,

Par M. FRÉGIER, ancien magistrat, défenseur à Constantine.

Compte rendu par E. BONNIER,  
professeur à la Faculté de droit de Paris.

Si nos institutions laissent encore à désirer sous le rapport de la liberté politique, la France s'enorgueillit avec raison d'être plus avancée qu'aucune autre nation dans la voie de la liberté civile. La douceur de nos mœurs, la marche de notre civilisation ont beaucoup contribué à cet heureux résultat. Il est cependant une exception qui nous a été imposée, non par notre volonté, mais par la force même des choses. Il était impossible d'assimiler complètement, et surtout de prime abord,

la population de l'Algérie à la population de la France continentale. Aussi le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 a-t-il fait tout ce qu'il était raisonnablement possible de faire pour l'indigène musulman en le déclarant Français, mais régi par la loi musulmane, avec l'aptitude à jouir, sur sa demande, des droits de citoyen français.

Mais, à côté des musulmans, il y a en Algérie une population qui se rapproche bien plus de la civilisation chrétienne, celle des israélites. C'est cette population que M. Frégier, bien connu de nos lecteurs par ses études sur l'Algérie, a entrepris de réhabiliter dans l'opinion publique et de relever dans la législation. Cette tâche allait d'autant mieux à notre savant collaborateur, que chez lui la défense de la liberté civile et religieuse ne saurait être taxée d'indifférentisme : chrétien convaincu, il n'a pas été le dernier à prendre la plume pour réfuter le livre de M. Renan, ce qui ne l'empêche pas de flétrir avec énergie des actes tels que la révocation de l'édit de Nantes, et de poursuivre avec ardeur le progrès dans un sens tout opposé.

Le passé, le présent et l'avenir juridique des juifs algériens, tel est l'objet de son livre.

Le passé, c'est-à-dire l'époque antérieure à la conquête française, a été fort triste pour cette population. « La situation des juifs dans la régence, » dit M. Delangle dans son rapport sur le projet du sénatus-consulte (séance du 30 juin 1865), « était « une situation précaire, humiliée, misérable, et, comme il « n'arrive que trop aux nations longtemps opprimées, la trace « de cet abaissement n'est peut-être pas encore complètement « effacée. C'est le plus funeste effet de la servitude de dégrader « l'esprit et de l'accoutumer à l'abjection. » M. Frégier nous rapporte les principales humiliations que subissait le malheureux israélite :

« Malheur à lui s'il osait s'asseoir devant un musulman ! Le « bâton et quelque chose de pis, suivant les circonstances, « aurait fait immédiatement justice de cet abominable forfait. « Vrais esclaves publics, il faut qu'une marque caractéristique « les signale à l'animadversion publique : ils seront donc forcés de ne se vêtir qu'avec des habits de couleur noire ! A eux « les offices les plus dégoûtants, et les plus repoussantes occupations, la pendaison des criminels, l'enterrement des



« suppliciés. Libre aux enfants de les insulter, libre aux gens « du peuple de les frapper ! »

Inutile de dire que le régime français a fait cesser ces avanies, ces humiliantes distinctions, et qu'il a placé sous le niveau d'une protection égale l'indigène musulman et l'indigène israélite. Mais quelle est exactement la position légale de ce dernier ? M. Frégier nous fait voir l'obscurité et la confusion qui règnent sur ce point dans la législation et dans la jurisprudence. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1864 le déclare apte à exercer les fonctions d'avocat. D'autre part, des arrêts de la Cour d'Alger du 22 mai 1855 et du 2 juin 1865 déclarent le mariage entre juifs algériens soumis au statut mosaïque, et notamment à la polygamie, bien que contracté devant un officier civil français. Ainsi la même personne participe au droit public français comme avocat, et peut pratiquer la polygamie en vertu de son statut personnel ! Anomalie convertie en loi par l'article 2 du sénatus-consulte, ainsi conçu : « L'indigène israélite est Français ; néanmoins il continue à « être régi par son statut personnel. »

Tout ce qui est permis à l'israélite, comme au musulman, c'est d'arriver individuellement à la naturalisation (même art. 2). Mais à présent que les traces de la vieille oppression sont effacées, pourquoi ne pas mettre les juifs de notre colonie africaine sur le même pied que nos juifs du continent, pourquoi ne pas leur accorder le bienfait d'une naturalisation collective ? C'est ce que les israélites de l'Algérie ont demandé à l'Empereur et au Sénat dans des pétitions dont leur zélé défenseur reproduit le texte.

Ici se dessine une différence bien marquée entre l'indigène musulman et l'indigène israélite, que le sénatus-consulte de 1865 persiste à mettre sur la même ligne. Le premier, sauf quelques rares exceptions, n'est nullement pressé de se fondre dans la nationalité française, et il ne craint pas de revendiquer le *droit au sérail*. Le second, conformément à une décision du grand sanhédrin des juifs de l'empire français et du royaume d'Italie, en date du 9 février 1807, se déclare prêt à répudier le vieux legs de la loi mosaïque, et à accepter notre législation française sur le mariage. Les juifs d'Alger, de Constantine, etc., sont maintenant au niveau de notre civilisation ; ceux de quelques petites villes sont encore arriérés, mais, loin

de se tenir en garde contre nos mœurs, ainsi que le font trop souvent les sectateurs de Mahomet, toute leur ambition est d'entrer complètement dans le sein de la grande nation.

Après avoir accumulé tous les raisonnements en faveur de la généreuse idée dont il s'est fait le patron, et réfuté les objections de ses adversaires, M. Frégier conclut à la promulgation d'une loi en deux articles, dont le premier déclarerait Français et citoyens français tous les israélites de l'Algérie, et dont le second donnerait aux dissidents deux mois, à partir de leur majorité, pour déclarer qu'ils entendent conserver leur état civil et politique.

Nous sommes convaincu qu'il n'y aurait que profit pour la nationalité française à s'assimiler ainsi trente mille indigènes, et que cet acte de réparation, de *rédemption*, suivant les expressions de l'Empereur, serait en même temps de la haute et de la bonne politique.

En recommandant ce livre à tous ceux qui ont à cœur les questions sociales, je crois cependant devoir, dans l'intérêt même de l'auteur, faire quelques réserves quant à la forme. Il n'est pas, sans doute, déplacé de parler le langage des prophètes, lorsqu'on défend le peuple d'Abraham et de Moïse; j'aimerais mieux cependant un peu moins d'exaltation, et lorsque je songe à la fortune fort honnête qu'ont acquise beaucoup de juifs d'Alger, je suis peu disposé à m'apitoyer sur le sort de « cette colombe gémissante et plaintive, mangeant le pain de ses larmes et buvant l'eau de ses pleurs. » Ce n'est point la pitié qu'il faut invoquer en leur faveur, du moins depuis qu'ils ont été affranchis par notre conquête; c'est la justice. Aussi aurais-je désiré dans leur apologie un ton un peu plus simple, la vérité n'ayant pas besoin d'exagération.

Nonobstant ces taches, qu'il sera facile de faire disparaître dans une seconde édition, le livre de M. Frégier, où il a traité avec sa chaleur habituelle une question importante pour l'Algérie et pour la France, a obtenu un légitime succès. Ce livre a été l'objet d'un rapport de M. Franck à l'Académie des sciences morales et politiques, dans la séance du 23 septembre 1865<sup>1</sup>. En rendant au travail consciencieux qu'il présentait

<sup>1</sup> Ce rapport a donné lieu à une discussion assez curieuse sur la polygamie chez les musulmans. M. Franck ayant affirmé que Mahomet avait eu dix-huit femmes : — « Non pas; quatorze, » a dit M. Barthélemy Saint-

à l'Académie toute la justice qui lui était due, M. Franck s'est associé à ses conclusions : « Ce moyen de compléter l'œuvre « émancipatrice de la France, a-t-il dit, peut sembler héroïque « aux esprits superficiels qui, n'ayant pas étudié la question « et ne voulant pas se donner la peine d'y réfléchir, aiment « par-dessus tout les ajournements, les expédients, les demi- « mesures; cependant c'est le seul qui soit réellement prati- « cable, le seul efficace; c'est la naturalisation immédiate et « collective de la population juive de l'Algérie.

E. BONNIER.

### DE LA LOI DU 14 JUIN 1865 SUR LES CHÈQUES.

APPENDICE AU CODE DE COMMERCE.

Par M. ALAUZET, chef de division au ministère de la justice.

Cette petite brochure émane d'un auteur très-connu déjà par des traités remarquables sur les assurances, par une explication du Code de commerce et par un Essai sur le système pénitentiaire, couronné par l'Académie des sciences morales et politiques. M. Alauzet a condensé en quelques pages l'explication des sept articles de la loi du 14 juin 1865 sur les chèques. On a dit, lors de la confection de cette loi, qu'il était du devoir du gouvernement de vulgariser l'usage du chèque. Il est permis de croire dès aujourd'hui que ce but a été très-incomplètement atteint. Les questions de création et d'usage du chèque sont au moins aussi obscures et incertaines qu'auparavant, et le parti le plus sage aurait peut-être consisté à ne pas faire de loi, à laisser l'usage et le commerce légiférer à leur aise. Ici comme souvent, il est à craindre que la codification, loin de développer l'essor de cette institution nouvelle, n'en paralyse au contraire la fécondité.

Quoi qu'il en soit, la brochure de M. Alauzet est à la fois courte et complète. Elle édifie complètement le lecteur sur son sujet, et il accompagne ses explications de judicieuses observations.

Le nœud de la difficulté, dans les discussions législatives, comme dans les procès de la pratique, a été et sera de distinguer. — « Quatorze, soit, » a répondu M. Franck; « c'est déjà bien assez. » — « C'est trop, » a repris M. Barthélemy. On sait que les mormons ont encore beaucoup dépassé sous ce rapport les musulmans.

guer nettement le chèque de la lettre de change, et le principal des motifs pour les différencier, le seul considérable, est une question fiscale. Le timbre des lettres de change rapporte annuellement au Trésor une douzaine de millions qu'on s'empresserait de lui dérober, si le chèque était apte à remplir toutes les conditions de la lettre de change.

Quelles sont donc les différences? On a dit que la lettre de change était un instrument de crédit; le souscripteur bat monnaie; il se procure immédiatement de l'argent qui cependant n'est dû qu'à une certaine échéance. Le chèque, au contraire, ne doit être, d'après la loi, qu'un instrument de paiement, soit pour effectuer une liquidation, soit surtout pour établir une compensation, qui, en réglant les comptes réciproques du créancier et du débiteur, simplifie les mouvements d'argent et ne laisse à solder que de minimes reliquats.

Cette différence, peut-être plus fictive et accidentelle qu'obligatoire, est l'idée-mère de la loi : de là découlent toutes les conséquences. Il faut 1° que la somme à recevoir soit disponible au moment de la souscription du chèque; 2° que le chèque soit payable à vue; 3° qu'il soit présenté au tiré dans le délai maximum de cinq ou huit jours, à partir de sa date, suivant les circonstances. Ces restrictions, toutes inspirées par l'intérêt du trésor public, sont de nature, il est vrai, à empêcher l'empiétement du chèque sur la lettre de change, mais elles paralysent en même temps l'essor du chèque; elles le réglementent à l'excès, et les peines dont l'article 6 punit la violation de ces prescriptions ne contribueront pas à en développer l'usage.

Nous avons encore remarqué dans la brochure de M. Alauzet des réflexions judicieuses sur la forme même du chèque; il se présentera, ou comme mandat, avec cette formule : Veuillez payer, ou comme récépissé pur et simple. Il est fâcheux que la loi de 1865 n'ait pas admis le chèque récépissé. Ce silence, ou plutôt cette exclusion intentionnelle, donnera lieu à des procès difficiles, et il est probable que le récépissé deviendra un biais que le commerce continuera d'employer pour se soustraire et à l'impôt du timbre des lettres de change et aux formalités gênantes du chèque mandat.

HENRI AMELINE,  
Avocat à la Cour impériale de Paris.

## EXAMEN DOCTRINAL

## De la Jurisprudence en matière de partages d'ascendants.

Par M. Théodore DEROME,  
docteur en droit, procureur impérial à Quimper.

(*Suite et fin*<sup>1</sup>.)

## HUITIÈME QUESTION.

« Le partage fait par l'ascendant, dit l'article 1079 du Code  
« Napoléon, pourra être attaqué pour cause de lésion de plus  
« du quart. »

A quelle époque l'action en rescision pour cause de lésion  
prend-t-elle naissance?

Si le partage a été fait dans la forme testamentaire, point  
de doute : le testament et les droits qui en dérivent, ne s'ou-  
vrent qu'au décès du testateur. C'est à ce moment que le par-  
tage prend naissance; c'est à ce moment qu'il peut causer une  
lésion; c'est à ce moment que naît, avec le partage, et à l'en-  
contre de la lésion possible, l'action en rescision. Et ainsi, par  
une inévitable conséquence, la date du décès du testateur fixe  
tout à la fois le point de départ de la prescription de cette  
action, et l'époque à laquelle les biens doivent être estimés  
pour apprécier la lésion. Le partage *des biens* de l'ascendant  
n'est autre chose, dans ce cas, que le partage même de la  
*succession*.

Mais lorsque le partage *des biens* se produit sous la forme  
de la donation, lorsqu'il ne comprend et ne peut comprendre  
que les *biens présents* (art. 1076), ce partage doit-il se con-  
fondre encore avec le partage de la *succession*? N'est-il, pen-  
dant la vie de l'ascendant, qu'une sorte de partage provision-  
nel? Ne peut-il s'affirmer, avec son caractère définitif, qu'au  
décès de cet ascendant? N'a-t-il d'autres effets que le partage  
testamentaire? L'action en rescision ne prend-elle naissance  
qu'au jour du décès de l'ascendant, ou bien existe-t-elle, avec

<sup>1</sup> V. tome XXVII, p. 385 et 481; t. XXVIII, p. 1.  
XXVIII.

le partage dont elle procède, dès le jour de l'acte revêtu des formes de la donation ?

Désespérante question, qui s'est soulevée au point de vue de la prescription d'abord, et, en second lieu, au point de vue de l'appréciation de la lésion, et qui a eu le triste privilège de diviser un instant les deux chambres civiles de la Cour de cassation.

### § 1. — Prescription.

En 1851, M. Marcadé écrivait dans cette *Revue* (p. 281) les lignes suivantes : « C'est une question fort grave et qui a mis longtemps la division, non-seulement parmi les Cours d'appel, mais même entre les deux chambres civiles de la Cour de cassation, que celle de savoir si le délai de dix ans, dans lequel un partage d'ascendant, fait par donation entre-vifs, peut être attaqué, soit en rescision pour cause de lésion, soit en réduction pour avantage excessif, aux termes des articles 1079 et 1304, court du jour de l'acte ou seulement du jour du décès de l'ascendant. Plusieurs arrêts, et notamment un de la chambre des requêtes du 4 février 1845, ont jugé que, soit pour la rescision, soit pour la réduction, ce délai court du jour même de l'acte. — Beaucoup d'autres arrêts, et comme eux presque tous les auteurs, distinguèrent entre les deux actions et admettaient comme point de départ le jour de l'acte pour la demande en rescision, mais le jour du décès seulement pour la demande en réduction. Nous avions nous-même adopté cette doctrine. — Mais, depuis quelques années, une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation repousse cette distinction et ne donne pour point de départ à l'action en rescision elle-même que le décès de l'ascendant. Trois arrêts de la chambre civile l'ont ainsi jugé depuis quatre ans (Rej. civ., 30 juin 1847; Cass., 2 août 1848; Cass., 16 juillet 1849). — Or cette doctrine nouvelle, qui pendant longtemps n'avait été soutenue et assez faiblement que par un seul auteur (Solon, *des Nullités*, t. II, n° 490), mais que M. Genty vient de développer plus solidement dans son récent *Traité des partages d'ascendants* (p. 253-265), nous la croyons, après mûr examen, parfaitement exacte, et nous répudions, comme une erreur

« certaine, la distinction que nous avons suivie d'abord. »

La doctrine qui fait remonter au jour de l'acte le point de départ de la prescription, particulièrement placée sous l'égide de l'arrêt de la chambre des requêtes du 4 février 1845, s'appuie encore sur les arrêts de Grenoble, 6 mai 1842; Nîmes, 12 juillet 1844; Toulouse, 5 décembre 1844; Bordeaux, 23 décembre 1845 et 23 mai 1846; Montpellier, 23 décembre 1846; Nîmes, 10 avril 1847. — L'arrêt de la Cour de Montpellier du 23 décembre 1846 consacre avec une lumineuse netteté la distinction adoptée d'abord, puis abandonnée par M. Marcadé, entre l'action en rescision et l'action en réduction.

La doctrine *nouvelle*, comme l'appelait M. Marcadé en 1851, celle qui place au jour du décès de l'ascendant le point de départ de la prescription, marche de progrès en progrès; son triomphe est complet. La Cour de cassation, chambre civile, l'a inaugurée dans son arrêt du 30 juin 1847, après partage et délibération en chambre du conseil; elle l'a de nouveau proclamée dans ses arrêts des 2 août 1848, 16 juillet 1849, 31 janvier 1853, 18 décembre 1854, 28 février 1855, 19 décembre 1859, 7 janvier 1863. La chambre des requêtes s'est ralliée à la jurisprudence de la chambre civile dans ses arrêts des 18 février 1851, 6 mars 1855, 1<sup>er</sup> mai 1861, 27 novembre 1865. Cette jurisprudence a été unanimement acceptée par les autres Cours : Bordeaux, 30 juillet 1849; Nîmes, 24 décembre 1849; Agen, 28 mai 1850, 7 juin 1861, 1<sup>er</sup> juin 1864; Orléans, 17 janvier 1851, 15 janvier 1853, 27 décembre 1856; Angers, 22 juillet 1852; Pau, 9 juillet 1861; Poitiers, 5 mars 1862; Toulouse, 22 mai 1863.

Quel est le motif juridique de ces nombreux arrêts? C'est que les enfants, au moment de l'acte de partage, n'ont aucun droit sur les biens, puisqu'ils ne sont pas encore héritiers; c'est que l'acte, du vivant de l'ascendant, n'est vis-à-vis de ses enfants qu'une pure libéralité; c'est qu'il ne sera un vrai partage, un partage définitif, qu'à sa mort. Ce principe est énergiquement affirmé dans un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, du 14 juillet 1852 (Dalloz Périod., 1852, I, 203) :

« Attendu que les ascendants ont l'entière faculté, leur vie durant, de disposer à titre gratuit des biens qu'ils possèdent; que, comme conséquence de ce principe, les donations et les partages qu'ils ont faits à leurs descendants ne peuvent

« être attaqués par ceux-ci qu'à la mort de leur auteur qui  
 « s'est dépouillé de ses biens, époque où la succession s'ou-  
 « vrant détermine et fixe les obligations et les droits des hé-  
 « ritiers les uns à l'égard des autres et leur en permet le libre  
 « exercice; que, jusqu'au décès, aucun des enfants n'ayant  
 « droit sur la fortune de l'ascendant, ne peut critiquer l'usage  
 « que celui-ci en a fait; — D'où il suit que l'arrêt attaqué, en  
 « déclarant les époux Gladieux non recevables, du vivant des  
 « père et mère donateurs, à attaquer de nullité le partage que  
 « ces derniers ont fait de tous leurs biens, n'a violé ni les arti-  
 « cles 1075, 1076, 1077, 1078 et 1079 du Code Napoléon, ni  
 « les articles 826 et 832 du même Code, mais en a fait, au  
 « contraire, une juste application; — Rejette le moyen, etc. »

Il faut bien le remarquer : le motif juridique est puissamment secondé par des considérations morales de l'ordre le plus élevé : « Pour moi, dit M. Troplong (sur l'art. 1079, n° 2331),  
 « j'ai une opinion bien arrêtée à cet égard, et je n'ai jamais pu  
 « partager le sentiment de mon excellent collègue et ami,  
 « M. Lasagni, dont les savants rapports avaient fait prévaloir,  
 « à la chambre des requêtes, le premier avis (à savoir que le  
 « délai de la prescription court du jour de l'acte) sur le second  
 « (qui ne fait courir la prescription que du jour du décès de  
 « l'ascendant). Il est impossible d'admettre que les enfants  
 « seront tenus de troubler la vieillesse de leur père, pour faire  
 « redresser les inégalités de leur lotissement; la loi n'exige  
 « pas de luttes immorales dans la famille; elle ne veut pas que  
 « l'autorité paternelle soit prise corps à corps et accusée d'in-  
 « justice. » La voix de M. Troplong se fait manifestement entendre dans l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1853 :  
 « Attendu que toute querelle à cet égard, du vivant du père,  
 « serait une grave atteinte, non-seulement à la loi, mais aussi  
 « à la morale et au respect de la famille; » — puis encore dans l'arrêt du 28 février 1855 : « Attendu que l'action de l'enfant  
 « se trouverait arrêtée par la crainte de porter atteinte, du  
 « vivant du père de famille, au respect qui lui est dû. »

Si puissantes qu'elles fussent, ces hautes considérations ne suffiraient pas cependant pour motiver, au point de vue juridique, les arrêts de la Cour suprême. L'article 1114 du Code Napoléon dit, en effet, que « la seule crainte révérentielle en-  
 « vers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu



« de violence exercée, ne suffit point pour annuler les contrats. » D'autre part, la crainte révérentielle ne figure pas parmi les causes qui suspendent le cours de la prescription (art. 2251 à 2259 C. Nap.). Il fallait donc, de toute nécessité, pour empêcher la prescription de courir pendant la vie de l'ascendant, reconnaître que l'action en rescision pour cause de lésion ne prenait naissance qu'à sa mort. C'est en présence de ce principe, dégagé de toute autre considération, que nous allons nous retrouver dans le paragraphe suivant.

### § 2. — *Appréciation de la lésion.*

Lorsque le partage se produit sous la forme de la donation, à quelle époque faut-il estimer les biens pour constater la lésion? Faut-il les estimer d'après leur valeur au jour de l'acte, ou d'après leur valeur au jour du décès de l'ascendant?

C'est là, sous un autre aspect, la même question que celle qui vient d'être examinée : à quel moment le partage devient-il un *vrai partage*, comme dit M. Marcadé? A quel moment produit-il ses effets? A quel moment peut-il léser? A quel moment naît l'action en rescision pour cause de lésion? A quel moment faut-il apprécier la valeur des biens pour savoir s'il y a lésion de plus du quart?

Je ne trouve pas de décision judiciaire sur cette question avant 1849. Mais d'avance la solution était prête ; les principes avaient été posés par la jurisprudence, lorsqu'elle avait fixé le point de départ de la prescription de l'action en rescision.

Cependant le lien qui unit les deux questions fut méconnu d'abord. La Cour de Nîmes, dans son arrêt du 24 décembre 1849, tout en donnant pour point de départ à la prescription de l'action le décès de l'ascendant, déclara que les biens devaient être estimés d'après leur valeur au jour du partage pour apprécier la lésion :

« Attendu que, pour apprécier s'il y a lésion au préjudice  
 « d'un copartageant, il faut connaître quelle était la valeur  
 « des objets partagés à l'époque du partage; que tel est le vœu  
 « de la loi formellement exprimé dans l'article 890 du Code  
 « civil; — Attendu qu'il n'y a sous ce rapport aucune distinc-  
 « tion à faire entre un partage pur et simple et le partage fait

« par l'ascendant à ses enfants, puisque c'est au moment où le  
 « partage s'est accompli que les droits de chacun se sont ou-  
 « verts et ont été fixés; — Attendu, dès lors, que c'est mal à  
 « propos que les premiers juges, pour vérifier s'il y a lésion  
 « au préjudice de Marie Pardigon, femme Roche, ont ordonné  
 « que les biens seraient estimés suivant leur valeur au jour du  
 « décès de Pardigon père...; — Par ces motifs ordonne que,  
 « pour apprécier s'il y a eu lésion au préjudice de Marie Par-  
 « digon, femme Roche, les biens seront estimés suivant  
 « leur état et valeur du 27 mars 1832, date de la donation  
 « contenant partage faite par Pardigon père à ses enfants;  
 « réforme, quant à ce seulement, la décision du tribunal  
 « d'Apt, etc. »

(Cour de Nîmes, 24 décembre 1849; Dalloz Périod., année, 1850, II<sup>e</sup> partie, p. 132-133.)

Comme la Cour de Nîmes, la Cour d'Orléans décida que, pour apprécier la lésion, on devait se reporter au jour de l'acte de partage :

« En ce qui touche l'action en rescision pour cause de lésion  
 « de plus du quart, — Attendu..... que la seule question liti-  
 « gieuse sur ce point est de savoir à quelle époque la valeur  
 « des biens partagés doit être estimée pour reconnaître si les  
 « attributions faites aux dames Nesmes et Lecompte sont infé-  
 « rieures aux trois quarts de leur part héréditaire; — Attendu  
 « que l'acte du 26 juin 1836, quoique revêtu de la forme d'une  
 « donation entre-vifs, n'est pas, à proprement parler, une  
 « véritable libéralité, ni un avancement d'hoirie; — Que c'est  
 « un acte émané du pouvoir exceptionnel accordé par la loi  
 « au père de famille, qui règle de son vivant, et par anticipa-  
 « tion, plutôt qu'il ne crée, les droits de ses héritiers présomp-  
 « tifs et qui fait entre eux le partage aussi égal que possible des  
 « biens qu'ils seraient appelés à recueillir dans sa succession;  
 « — Attendu que ce partage général et définitif dessaisit le père  
 « de la propriété des biens qu'il transmet ainsi de son vivant,  
 « pour assurer après sa mort l'union et la paix dans sa famille;  
 « — Que, à la différence des anciennes démissions de biens, les  
 « effets de ce partage sont irrévocables et commencent du jour  
 « où il a été consenti par le père et accepté par les enfants;  
 « que c'est donc à ce jour qu'on doit se reporter pour estimer  
 « la valeur des biens partagés, et vérifier s'il y a eu, dans

« quelques-uns des lots attribués, inégalité et lésion de plus  
 « du quart; — Que ce serait blesser la raison et la justice que  
 « de soumettre ce pacte de famille aux éventualités de l'ave-  
 « nir, éventualités qui, soit en augmentant, soit en diminuant  
 « plus tard la valeur des biens partagés, pourraient, à l'insu  
 « du père de famille et contre l'intention qui l'animait au mo-  
 « ment du partage, détruire l'égalité qu'il s'était appliqué à  
 « établir entre chacun de ses enfants; que ceux-ci doivent donc  
 « recueillir les avantages ou subir les pertes résultant des  
 « chances aléatoires auxquelles la propriété est exposée; —  
 « Que c'est donc avec raison que les premiers juges ont pres-  
 « crit aux experts de rechercher la valeur des biens au moment  
 « du partage et d'en faire la base de leur estimation. »

(Orléans, 27 décembre 1856. — MM. Vilneau, président; Lenormant, premier avocat général; Robert de Massy et Bourbeau, avocats. — Dalloz Périod., 1858, 2, 77.)

Même doctrine dans un arrêt de la Cour de la Guadeloupe, en date du 3 mars 1858 (Dalloz Périod., 1859, 2, 30) :

« Considérant qu'en autorisant les partages anticipés, le  
 « législateur a eu pour but de faciliter les arrangements do-  
 « mestiques, de prévenir les contestations et d'assurer la paix  
 « et l'union des familles, but éminemment utile pour l'ordre  
 « social, ainsi que le dit un arrêt de la Cour de cassation du  
 « 4 février 1845, et qu'il est évident que ce but serait complé-  
 « tement manqué, si à la mort du père de famille, il était per-  
 « mis, en dehors des cas autorisés par la loi, de remettre en  
 « question le règlement qu'il a fait de sa fortune entre ses  
 « enfants, avec leur concours et leur adhésion; — Considérant  
 « que le partage du 26 février 1838, ayant été fait entre tous  
 « les enfants de la dame de Kerdoret, il ne peut être attaqué  
 « que pour atteinte à la réserve légale ou pour lésion de plus  
 « du quart; qu'il ne peut être question dans la cause d'une  
 « demande en réduction, puisque l'acte ne contient aucune  
 « disposition précipitaire; que la lésion ne pouvant résulter  
 « que d'une appréciation inexacte de la valeur des biens, le  
 « bon sens indique que dans le cas de partage d'ascendants  
 « comme dans celui de partage ordinaire, c'est à l'époque où  
 « cette estimation a eu lieu que l'on doit se reporter pour sa-  
 « voir si elle a été bien ou mal faite, etc. »

La même jurisprudence est suivie dans un arrêt de la Cour

d'Agen, deuxième chambre, en date du 7 juin 1861 (Dalloz Périod., 1861, II<sup>e</sup> partie, p. 117).

« En ce qui touche l'estimation ordonnée pour la vérification de la demande en rescision du partage pour cause de lésion : — Attendu que la loi donne aux père et mère la faculté de faire le partage de leurs biens entre leurs enfants par donation entre-vifs ; que le caractère essentiel de la donation est de saisir actuellement et irrévocablement le donataire, lequel assume immédiatement sur sa tête les chances de perte, d'augmentation et de détérioration de la chose donnée ; — Attendu qu'après une donation ainsi faite, s'il existe au décès des donateurs des biens qui n'aient pas été compris dans le partage de présuccession, les donataires procèdent au partage desdits biens, exclusivement et sans retour sur l'acte de présuccession à titre de rapport ou autrement ; d'où il faut conclure que cet acte a placé en dehors de la succession les biens qui ont fait la matière du premier partage ; que cela est incontestable quand la donation n'est pas attaquée ; — Attendu que si la donation était attaquée pour vice de forme ou incapacité des parties contractantes, on ne saurait contester qu'il ne pourrait l'être que pour violation de la loi existante à la date de l'acte ; qu'en vertu d'un principe analogue, c'est aussi la loi existante au moment de l'acte qu'il faut consulter pour savoir si la mesure des libéralités permises a été excédée et s'il y a lésion au préjudice d'un des contractants ; donc c'est dans l'acte lui-même et dans les circonstances de temps ou de lieu où il a été fait que doit se trouver la preuve de sa conformité ou de sa non-conformité avec la loi ; c'est donc à l'égalité ou inégalité des attributions faites dans l'acte et relativement au temps où il a été passé qu'il faut se référer pour savoir s'il y a eu lésion, et conséquemment c'est la valeur réelle qu'avaient alors les biens donnés qu'il faut vérifier, et non pas celle qu'ils ont pu avoir acquise ou perdue à l'époque du décès des donateurs ; — Attendu que le principe d'égalité justement invoqué en cette matière serait presque toujours violé en faisant l'estimation des biens suivant les valeurs au décès des père et mère : en effet, tandis qu'un des enfants serait, en vertu d'une telle estimation, forcé de faire compte de la valeur actuelle d'immeubles dont la valeur (qu'ils avaient au temps

« de la donation) se trouverait maintenant doublée, soit par les efforts d'une culture intelligente, soit par la grande diffusion des valeurs monétaires, soit par l'établissement voisin de quelque grande industrie, par contre, les enfants qui auraient reçu des capitaux ou des valeurs industrielles qui auraient pu acquérir un immense accroissement, par leur fait ou autrement, ne seraient tenus de faire compte que du capital même à eux attribué par l'acte de donation; qu'un tel résultat est évidemment contraire aux règles de la justice et de l'équité; — Qu'il n'est pas moins contraire à l'intérêt public; car il tendrait à paralyser toute pensée de progrès et d'amélioration chez le malheureux détenteur des immeubles pendant tout le temps de la vie des donateurs, dans la conviction où il serait que d'autres recueilleraient le fruit de son labeur et de l'utile emploi de ses épargnes ou de ses emprunts; — Attendu qu'en fixant l'estimation des biens suivant leur valeur *à la date de l'acte* aucun intérêt légitime n'est blessé, aucun des graves inconvénients précités ne peut se produire, et l'on prend la seule voie légitime pour vérifier la seule question à juger, savoir si les donateurs ont dépassé la limite tracée par la loi en dissimulant dans l'acte qu'il s'agit de déclarer lésif la valeur des biens soumis au partage; — Qu'en le décidant ainsi, les premiers juges se sont conformés aux règles d'une exacte justice; — Attendu que cette estimation est un préalable nécessaire à la suite duquel la justice pourra procéder à la vérification de la lésion, en s'aidant de tous autres moyens, droits et exceptions, qui demeurent expressément réservés aux parties, etc. »

Le 11 juillet 1861, autre arrêt de la Cour d'Agen, deuxième chambre, dans le même sens que le précédent, et motivé avec une concision qui ne lui ôte rien de son mérite : « Pour vérifier l'exagération et le préjudice qu'on prétend avoir été commis dans l'acte, il faut nécessairement vérifier aussi les clauses et la substance des dispositions qu'il renferme. C'est l'acte qui est attaqué; c'est en lui-même qu'il faut trouver sa raison d'être, sa justification ou sa condamnation; et comme il a eu pour base essentielle et unique de l'importance de la part faite à chaque copartageant, la valeur qu'avaient les biens soumis au partage, au moment de l'acte, il s'ensuit juridiquement et équitablement que l'estimation des biens,

« pour savoir s'il y a eu lésion, doit être faite *suiwant leur état*  
 « *et valeur à l'époque de l'acte*, ainsi que les premiers juges  
 « l'ont décidé, etc. »

Vient un dernier arrêt qui, bien que contradictoire dans ses motifs, comme le remarque M. Dalloz, fixe au jour du décès de l'ascendant le point de départ de la prescription, et admet néanmoins que les biens doivent être estimés au jour de l'acte de partage pour apprécier la lésion :

« Sur le moyen de la prescription : Attendu que les donations  
 « portant partage faites par les ascendants en faveur de leurs  
 « enfants sont soumises à des règles particulières ; que ce par-  
 « tage a un caractère provisoire, puisqu'il est révoqué par la  
 « survenance d'un enfant ; que les ascendants peuvent acqué-  
 « rir après la donation ou se réserver par l'acte même une  
 « partie de leurs biens ; que ce n'est qu'à leur décès, et en faisant  
 « masse de tous les biens, qu'il est possible d'apprécier s'il y a  
 « préjudice de plus du quart au détriment d'un des cohéritiers ;  
 « que ces donations sont presque toujours des contrats de  
 « bienfaisance, et qu'il y aurait impiété à permettre aux en-  
 « fants de les attaquer du vivant de leurs auteurs ; que ce droit  
 « s'ouvre pour eux seulement au décès des donataires ; que la  
 « femme Bouyer est morte, il est vrai, en 1842 ; mais que, la  
 « donation du 19 décembre 1830 ayant été consentie solidai-  
 « rement par les deux époux, le délai de dix ans imparti pour  
 « l'exercice de l'action en lésion n'a commencé à courir qu'à  
 « la mort de Bouyer père, arrivée en 1853 ;....

« Attendu que les époux Bouyer n'ont pas laissé d'autres  
 « biens que ceux dont ils ont fait le partage par la donation  
 « du 19 décembre 1830 ; que les droits des enfants ont été fixés  
 « à l'époque de ce partage ; que dès lors, pour apprécier s'il y  
 « a lésion, il faut connaître la valeur des biens *au moment de*  
 « *la donation et non au décès des donateurs* ; qu'en agissant au-  
 « trement on pourrait faire profiter un cohéritier des labeurs  
 « et de l'industrie d'un de ses cohéritiers ; que c'est donc à  
 « tort que les premiers juges ont prescrit de procéder à l'esti-  
 « mation des biens d'après leur état au moment de la donation  
 « et leur valeur au temps du décès du dernier donateur ;

« Infrme le jugement en ce qu'il a ordonné que l'estimation  
 « des biens meubles et immeubles qui ont fait l'objet de la  
 « donation du 19 décembre 1830 auront lieu d'après l'état que

« les choses avaient à l'époque de la donation et leur valeur  
 « au temps du décès du dernier donateur; dit que l'estimation  
 « aura lieu d'après l'état et valeur des biens meubles et immeu-  
 « bles au moment de la donation. »

(Arrêt de la Cour de Poitiers, 5 mars 1862. — MM. Lavour, président; Gast, premier avocat général; Lepetit et Fey, avocats. — Dalloz Périod., 1862, II<sup>e</sup> partie, p. 119-120.)

Tels sont les arrêts qui fixent au jour du partage l'estimation des biens pour l'appréciation de la lésion.

Mais la Cour de cassation, appliquant avec une inflexible logique les principes par elle posés au sujet de la prescription; ajourne cette estimation à l'époque du décès de l'ascendant. Ici plus de désaccord entre la chambre civile et la chambre des requêtes. La chambre des requêtes protège par ses rejets les arrêts qui admettent ces principes; la chambre civile casse ceux qui les méconnaissent.

Dès le 18 février 1851, la chambre des requêtes déclare :

« Que, dans le cas de l'action en retranchement autorisée  
 « par l'article 922 du Code civil, comme lorsqu'il s'agit de  
 « l'action en réduction pour cause de lésion, il faut, pour dé-  
 « terminer la valeur des biens partagés, se reporter à l'époque  
 « du décès de l'ascendant, époque qui doit servir de point de  
 « départ de la prescription, et qu'en le jugeant ainsi, la Cour  
 « d'appel de Bordeaux a fait à la cause une juste application  
 « de l'article 922 du Code civil; Rejette. »

(Ch. req., 18 février 1851. — Dalloz Périod., 1851, I<sup>re</sup> partie, p. 294.)

La chambre civile se fait entendre à son tour, et brise les arrêts cités plus haut des Cours de la Guadeloupe, de Poitiers, d'Agen (2<sup>e</sup> chambre).

1<sup>er</sup> Arrêt de cassation du 4 juin 1862 :

« Vu les articles 1079, 855, 860, 863, 865 et 791 du Code  
 « Napoléon; — Attendu que les ascendants peuvent, par anti-  
 « cipation, et sous la forme de donations entre-vifs, partager  
 « entre leurs descendants la totalité ou une partie de leurs  
 « biens; — Attendu que ces libéralités sont irrévocables; que  
 « cependant, aux termes de l'article 1079, le partage fait par  
 « un ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus  
 « du quart ou pour atteinte portée à la réserve, mais que ce  
 « droit ne prend naissance qu'au décès du donateur et qu'il ne

« s'ouvre qu'avec la succession ; — Qu'en effet, avant d'être  
 « devenu héritier, le descendant ne peut ni critiquer la répar-  
 « tition d'une fortune dont l'ascendant avait, pendant sa vie,  
 « la libre disposition, ni réclamer sa réserve héréditaire dans  
 « une succession non ouverte, ni se plaindre d'avoir été lésé  
 « lui qui n'avait encore droit à rien ; — Que c'est au moment  
 « où l'action en rescision pour cause de lésion prend nais-  
 « sance, c'est-à-dire au décès du donateur, que la lésion doit  
 « être vérifiée ; qu'il n'y a pas à examiner si elle existait, en  
 « fait, à une époque où, l'enfant n'ayant pas qualité pour s'en  
 « plaindre, elle ne pouvait exister en droit ; — Qu'il en résulte  
 « que, pour rechercher la lésion, les biens partagés par l'as-  
 « cendant doivent être estimés d'après leur valeur au jour du  
 « décès, et non d'après leur valeur au jour du partage ; — Qu'il  
 « en est ainsi lors même que l'acte entre-vifs porte que chacun  
 « des copartagés jouira et disposera de son lot en toute propriété  
 « à dater du jour du partage ; que cette clause, quel que soit le  
 « sens qu'on lui attribue, ne peut porter atteinte à un droit  
 « héréditaire dépendant d'une succession future ; — Attendu  
 « que la dame de Kerdoret ayant, par acte entre-vifs du 26 fé-  
 « vrier 1838, fait entre ses enfants le partage anticipé de ses  
 « biens, Oscar de Kerdoret, un des donataires, a soutenu que  
 « l'émancipation des esclaves, survenue après la donation,  
 « mais avant le décès de la donatrice, a tellement diminué la  
 « valeur de l'immeuble composant son lot, qu'il y a à son pré-  
 « judice lésion de plus du quart ; que l'arrêt attaqué a rejeté  
 « sa demande en se fondant sur ce que la lésion dont se plaint  
 « de Kerdoret n'existait pas au moment du partage ; qu'en sta-  
 « tuant ainsi, elle a violé les articles du Code Napoléon ci-  
 « dessus visés ; — Par ces motifs, casse et annule l'arrêt rendu  
 « entre les parties, le 3 mars 1858, par la Cour impériale de  
 « la Guadeloupe, etc. »

(Cour de cassation, chambre civile, arrêt du 4 juin 1862. —  
 MM. Pascalis, président ; Bayle-Mouillard, rapporteur ; de  
 Raynal, avocat général, conclus. conf. — Dalloz Périod.,  
 1862, I, 401-405.)

2° Arrêt de cassation du 28 juin 1864 :

« Vu les articles 1079 et 922 du Code Napoléon ; — Attendu  
 « que l'action en rescision d'un partage d'ascendant ne peut  
 « prendre naissance qu'au décès de cet ascendant ; que, jusqu'à



« ce moment, l'héritier n'a pu, à cause de la libre disposition  
 « que l'ascendant avait eue de ses biens, tant qu'il avait vécu,  
 « revendiquer sa réserve, dont la quotité ne pouvait, d'ailleurs,  
 « être déterminée avant que, par l'ouverture de la succession,  
 « on en connût les forces et les charges; — Attendu qu'il ré-  
 « sulte de la combinaison des articles 922 et 1079 du Code  
 « Napoléon que, dans le cas d'une demande en rescision pour  
 « cause de lésion d'un partage anticipé, aussi bien que d'un  
 « partage ordinaire, l'estimation des biens compris dans le  
 « lotissement doit avoir lieu d'après leur état à l'époque du  
 « partage et leur valeur au jour du décès, et que ce mode d'é-  
 « valuation sauvegarde tous les droits; — D'où il suit qu'en  
 « ordonnant que l'estimation des biens attribués aux enfants  
 « Bouyer par l'acte de donation du 19 décembre 1830 serait  
 « faite d'après leur état et leur valeur au temps de cette dona-  
 « tion, la Cour de Poitiers a violé les articles précités; — Par  
 « ces motifs, Casse. »

(Cour de cassation, chambre civile, arrêt du 28 juin 1864.  
 — MM. Pascalis, président; Eugène Lamy, rapport.; Blanche,  
 avocat général, conclus. conf.)

3° Arrêt de cassation du 29 août 1864 :

« Vu les articles 1079 et 922 du Code Napoléon; — Attendu  
 « que la donation entre-vifs par laquelle l'article 1075 du Code  
 « Napoléon permet aux père et mère et autres ascendants de  
 « faire entre leurs descendants la distribution et le partage  
 « anticipé de leurs biens, a pour objet et pour effet d'attribuer  
 « irrévocablement aux copartagés les biens compris dans leurs  
 « lots, mais à valoir sur la part héréditaire à laquelle ils auront  
 « droit un jour et sauf le règlement définitif de cette part; —  
 « Attendu que cette espèce de donation ne déroge pas au prin-  
 « cipe général et absolu posé dans l'article 718 du Code Napo-  
 « léon, et d'après lequel les successions ne s'ouvrent que par  
 « la mort naturelle; — Que ce n'est donc qu'après la mort de  
 « l'ascendant que peut prendre naissance l'action en rescision  
 « d'un semblable partage, puisque ce n'est qu'à cette époque  
 « que se manifestent les forces et les charges de la succession,  
 « et qu'au moyen de la fixation de la réserve légale, il est  
 « possible de constater l'existence et la quotité de la lésion;  
 « — Attendu qu'il résulte de là, ainsi que de la combinaison  
 « des articles 922 et 1079 du Code Napoléon, que, dans le cas

« d'une demande en rescision pour cause de lésion d'un partage d'ascendant, l'estimation des biens compris dans le lotissement doit avoir lieu d'après leur état à l'époque de la libéralité et leur valeur au jour du décès; — D'où il suit qu'en ordonnant que l'estimation des biens mentionnés dans l'acte du 15 juillet 1845, serait faite d'après leur valeur à cette époque, la Cour impériale d'Agen a violé les articles précités; — Par ces motifs, Casse. »

(Cour de cassation, chambre civile, arrêt du 29 août 1864. — MM. Pascalis, président; Eugène Lamy, rapport.; Blanche, avocat général, conclus. conf. — Dalloz Périod., 1864, 1<sup>re</sup> partie, p. 345-346.)

Ce n'est pas sans difficulté que la Cour de cassation fait prévaloir sa jurisprudence; malgré les nombreux arrêts rendus par elle au sujet de la prescription, malgré l'arrêt si formel de la chambre des requêtes du 18 février 1851, la Cour d'Orléans protestait encore, le 27 décembre 1856, dans un arrêt remarquablement motivé; la Cour d'Agen, deuxième chambre, ne protestait pas avec moins d'énergie dans ses deux arrêts des 7 juin et 11 juillet 1861.

Mais la première chambre de la Cour d'Agen, en désaccord avec la seconde, s'est conformée dans trois arrêts consécutifs à la doctrine de la Cour de cassation, le 30 décembre 1856, le 21 juin 1858, le 30 juillet 1862. La Cour de Bordeaux y a souscrit le 9 juin 1863. La citation de ces arrêts complétera le tableau de la jurisprudence sur cette grave question.

1<sup>o</sup> Arrêt d'Agen, première chambre, 30 décembre 1856 :

« Attendu que l'article 890 du Code Napoléon n'a trait qu'à un acte de partage ordinaire après décès, après l'ouverture de la succession, ainsi que cela ressort manifestement de la section sous laquelle cette disposition est placée; qu'il s'agit ici d'un partage d'ascendants, qui n'est, durant la vie des père et mère, qu'une pure libéralité, et qui ne devient réellement partage qu'après la mort de ses auteurs; que c'est alors seulement que les droits des enfants sont ouverts, que naît pour eux la qualité d'héritier, que leur portion du patrimoine des père et mère est définitivement connue et ne saurait varier; qu'il importe peu que les époux Blanchard aient fait collectivement le partage de leurs biens sans distinguer ceux qui étaient propres à chacun d'eux; que l'évaluation

« de leurs propriétés ne doit pas moins avoir lieu au jour de leur décès respectif; — Par ces motifs, etc. »

(Cour d'Agen, 1<sup>re</sup> chambre, 30 décembre 1856. — M. Sorbier, premier président. — Dalloz Périod., 1859, V<sup>e</sup> partie, v<sup>o</sup> *Partage d'ascendant*.)

2<sup>o</sup> Arrêt d'Agen, première chambre, 21 juin 1858 :

« Attendu que les rédacteurs du Code Napoléon, tout en consacrant un chapitre spécial aux partages faits par les ascendants, n'y ont inséré aucune disposition pour affaiblir des principes généraux établis dans le titre relatif aux donations et testaments; qu'au contraire, dans ce chapitre, l'article 1076 déclare formellement que les partages d'ascendants sont soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs; qu'il n'existait pour le législateur aucun motif de créer cette exception; qu'en effet, l'acte par lequel un père de famille transmet, de son propre mouvement, à ses enfants la propriété de ses biens, auxquels ils n'avaient aucun droit avant son décès, constitue essentiellement une libéralité, comme tous ceux dont s'occupe le titre du Code dans lequel les partages d'ascendants sont classés; d'où il suit que l'inégalité de parts, ou l'avantage excessif fait à l'un des enfants dans ce partage, ne cause pas un préjudice actuel à ceux qui ont été moins favorisés, puisque l'ascendant aurait pu donner tous ses biens à l'un d'eux, sans que les autres eussent le droit de s'en plaindre pendant la vie de leur auteur; — Attendu que ceux-ci ne sont fondés à réclamer que dans le cas où, au décès de l'ascendant, la part qui leur a été attribuée par le partage se trouverait, à ce moment, inférieure à ce qui devait leur revenir légalement dans sa succession : c'est alors seulement que s'ouvre leur droit héréditaire, et c'est alors aussi que naît le préjudice : car le préjudice légal ne peut résulter que de la lésion d'un droit, et par conséquent il ne peut exister tant que ce droit n'est pas ouvert; — Attendu que la jurisprudence a proclamé ce principe, en fixant au jour du décès de l'ascendant le point de départ de la prescription de l'action en rescision ou en réduction des partages anticipés, par le motif principal que le droit des enfants n'est ouvert qu'à ce moment, et qu'ils n'ont pu se plaindre d'aucune lésion avant la mort de leur auteur, qui ne leur devait rien pendant sa vie; — Attendu

« qu'il résulte de là que, pour apprécier si l'un des enfants est  
 « lésé par le partage, il faut rechercher si, lors de l'ouverture  
 « de la succession, cet enfant se trouvait investi, par le partage  
 « anticipé, de la quotité de biens que la loi lui attribue dans  
 « la succession de ses père et mère : peu importe, en effet,  
 « qu'à l'époque du partage, la portion qu'il a reçue fût insuffi-  
 « sante; il ne pourrait critiquer l'acte, si les biens qui lui ont  
 « été alloués, ayant augmenté de valeur par des circonstances  
 « indépendantes des améliorations qu'il y aurait faites, pré-  
 « sentaient, au décès, une valeur égale à sa portion héréditaire;  
 « — Attendu, en conséquence, que, pour déterminer s'il y a  
 « eu lésion dans les deux cas prévus par l'article 1079 du Code  
 « Napoléon, il faut estimer les biens, non pas d'après la valeur  
 « qu'ils avaient au temps du partage, mais suivant leur valeur  
 « au jour du décès de l'ascendant; — Que cette manière d'o-  
 « pérer est seule conforme aux dispositions de la loi, parce  
 « que toutes les fois qu'il s'agit de fixer la quotité disponible  
 « ou d'apprécier des biens donnés dont la valeur doit entrer  
 « dans la composition de la masse héréditaire, la loi veut, sans  
 « aucune exception, que tous les immeubles délaissés par l'as-  
 « cendant et ceux dont il s'est dessaisi à titre gratuit en faveur  
 « de ses enfants, soient estimés selon la valeur qu'ils avaient  
 « à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 860 et 922  
 « C. Nap.); — Que les termes absolus de l'article 922, embras-  
 « sant tous les genres de donation, s'appliquent nécessaire-  
 « ment à un partage anticipé, puisque l'abandon fait par l'as-  
 « cendant dans un acte entre-vifs a, par sa forme extérieure,  
 « par les conditions et les règles auxquelles il est soumis, tous  
 « les caractères, comme il a été déjà dit, d'une véritable libé-  
 « ralité; — Attendu qu'un partage d'ascendant ne saurait être  
 « assimilé au règlement d'une succession; que sans cela on  
 « est forcément amené à soutenir que l'hérédité d'une per-  
 « sonne vivante peut être ouverte, et qu'un individu, à son  
 « décès, peut laisser plusieurs successions, dont les unes au-  
 « raient été déterminées et liquidées pendant sa vie, et une  
 « autre après sa mort; que c'est ce qui arriverait évidemment  
 « s'il était admis que les biens donnés dans un partage anticipé  
 « ne font point partie de la masse pour fixer la réserve et la  
 « quotité disponible; — Qu'on objecte en vain l'article 890  
 « du Code Napoléon; que cette disposition, comme la Cour

« l'a déjà jugé, n'a trait qu'à un acte de partage ordinaire après  
 « décès, après l'ouverture de la succession, lorsque est née,  
 « pour les enfants, la qualité d'héritier, que les droits de cha-  
 « cun sont ouverts ; que cette vérité ressort manifestement de  
 « la section sous laquelle l'article est placé ; qu'il s'agit, dans  
 « l'espèce, d'un acte accompli pendant la vie des père et mère,  
 « d'une donation qui ne devient réellement partage qu'après  
 « leur décès, c'est-à-dire lorsque la portion des enfants dans  
 « leur patrimoine est définitivement connue et ne peut plus  
 « varier ; — Qu'on se prévaut sans plus de force de l'arti-  
 « cle 1077, simple reproduction de l'article 887, qui signifie  
 « seulement que, dans ce cas, il y aura lieu à un supplément  
 « de partage ; — Qu'on allègue aussi que les biens partagés  
 « ont été transférés aux enfants d'une manière définitive ; mais  
 « que le même caractère d'irrévocabilité s'applique aux dona-  
 « tions entre-vifs, et qu'il ne fait pas cependant obstacle à la  
 « réunion fictive prescrite par l'article 922, pour le calcul de  
 « la quotité disponible ; — Que malgré le désir du législateur  
 « de bien fixer la position des familles, il ne pouvait rendre  
 « invariable, d'une manière absolue, ce qui est soumis à toutes  
 « les chances de l'avenir, et par exemple l'état plus ou moins  
 « prospère de la fortune du donateur au moment de son décès ;  
 « — Qu'enfin, d'après le droit ancien sur les démissions de  
 « biens, véritables partages d'ascendants, qui étaient irrévo-  
 « cables dans certains pays et révocables dans d'autres, on  
 « se reportait toujours au temps du décès des père et mère  
 « pour estimer les immeubles et savoir si le partage qu'elles  
 « renfermaient était ou non conforme à la loi ; — Attendu que  
 « le partage opéré par Jeanne Aché, entre ses deux enfants,  
 « dans la forme des donations entre-vifs, est attaqué, à la fois  
 « pour lésion du quart et pour atteinte à la réserve, et qu'il y  
 « a lieu, d'après les principes qui viennent d'être exposés,  
 « d'estimer tous les biens compris dans l'acte de partage d'a-  
 « près leur valeur au jour du décès de la mère, Jeanne Aché ;  
 « — Par ces motifs, etc. »

(Cour d'Agen, 1<sup>re</sup> chambre, arrêt du 21 juin 1858. — M. Sor-  
 bier, premier président. — Dalloz Périod., 1858, 2, 197.)

3<sup>e</sup> Arrêt d'Agen, première chambre, 30 juillet 1862 :

« Attendu que la Cour, chambre civile, a plusieurs fois dé-  
 « cidé que les partages anticipés étaient de véritables dona-

« tions et soumis à ce titre à toutes les règles prescrites pour  
 « les donations entre-vifs (art. 1076 C. Nap.); qu'il suit de là  
 « que, lorsque la réserve des enfants est entamée, la réduction  
 « des libéralités se détermine d'après la valeur des biens au  
 « temps du décès du donateur, selon les dispositions formelles  
 « de l'article 922 du Code Napoléon, et non d'après leur va-  
 « leur à l'époque où ces partages d'ascendant ont eu lieu,  
 « comme le veut l'article 890 du même Code, fait pour un cas  
 « tout différent et n'ayant en vue que la lésion résultant d'un  
 « partage de succession déjà ouverte; — Par ces motifs...,  
 « réforme le jugement de Nérac, etc. »

(Cour d'Agen, première chambre, arrêt du 30 juillet 1862.  
 — M. Sorbier, premier président. — Dalloz Périod., 1862, 2,  
 169.)

4<sup>e</sup> Arrêt de Bordeaux, 9 juin 1863 :

« Attendu que l'appel des héritiers Lynch a pour but de faire  
 « déclarer que les biens compris dans le partage d'ascendant  
 « du 19 septembre 1850 doivent être fictivement rapportés à  
 « la masse de la succession sur le pied de leur valeur à l'époque  
 « du décès du sieur Saint-Guirons, soit qu'il s'agisse d'appré-  
 « cier l'action en réduction, soit qu'il s'agisse d'apprécier l'ac-  
 « tion en lésion ou en retranchement pour atteinte à la réserve  
 « légale; — Attendu qu'étant décidé que les biens compris  
 « dans le partage du 19 septembre 1850 doivent être rapportés  
 « fictivement à la masse de la succession du sieur Saint-Gui-  
 « rons, il faut décider encore que le rapport fictif aura lieu eu  
 « égard à l'état dans lequel se trouvaient les biens au temps  
 « de la donation et suivant leur valeur à l'époque de l'ouver-  
 « ture de la succession; — Attendu que, si la doctrine et la  
 « jurisprudence ont longtemps hésité à appliquer aux partages  
 « d'ascendant les dispositions de l'article 922 du Code Napo-  
 « léon, l'opinion que ces dispositions de cet article leur sont  
 « applicables, soit pour apprécier la lésion, soit pour calculer  
 « la réserve légale, a été consacrée par un arrêt récent de la  
 « Cour de cassation propre à faire cesser toutes les incertitudes  
 « à cet égard; — Attendu que l'action en réduction pour  
 « atteinte à la réserve ne prend naissance qu'au moment de  
 « l'ouverture de la succession; que c'est seulement à cette  
 « époque que l'enfant a qualité pour se plaindre des disposi-  
 « tions qui violent ses droits, et que c'est aussi alors que, pour

« vérifier si la réserve a été entamée, les biens rapportés doi-  
 « vent être estimés à leur valeur au jour du décès; qu'en effet,  
 « si le rapport, au lieu de se faire fictivement, devait s'opérer  
 « en nature (ce que ne permet pas le principe de l'irrévocabi-  
 « lité des donations), il est évident qu'ils figureraient au par-  
 « tage pour toutes les valeurs effectives; mais que le législateur  
 « a dû remplacer le rapport réel par le rapport fictif, c'est-à-  
 « dire la chose elle-même par sa représentation numérique;  
 « que la représentation de la chose propre ne peut être exacte  
 « et complète qu'autant qu'elle comprend sa valeur entière au  
 « moment même où se fait le rapport; ..... Émendant et faisant  
 « ce que les premiers juges auraient dû faire, ordonne que le  
 « rapport fictif des biens composant la donation du 19 sep-  
 « tembre 1850 aura lieu suivant leur état à l'époque de la  
 « donation et eu égard à leur valeur *au moment du décès du*  
 « sieur Saint-Guirons. »

(Arrêt de la Cour de Bordeaux, 9 juin 1863. — Dalloz Périod.,  
 1863, II<sup>e</sup> partie, p. 207-210.)

Mon rôle de rapporteur est fini; la partie la plus utile de  
 mon travail est terminée; j'ai fait connaître l'état de la juris-  
 prudence sur notre question dans son origine et dans ses dé-  
 veloppements. Il ne me reste qu'à présenter un résumé suc-  
 cinct, dégagé de toutes les questions secondaires et concentré  
 sur la question principale et dominante : le partage d'ascen-  
 dant qui se produit sous la forme de la donation, existe-t-il dès  
 le jour du contrat, ou n'existe-t-il, comme partage véritable  
 et définitif, qu'au jour du décès de l'ascendant? Je serai bref;  
 mes très-honorés lecteurs m'en voudraient d'abuser plus long-  
 temps de leur patience; et, comme eux, je sens qu'il est temps  
 de fermer le chapitre du partage des ascendants. Que si des  
 esprits plus curieux veulent pénétrer dans les intimes replis  
 et dans les détails infinis du sujet, qu'ils me permettent de les  
 renvoyer aux substantielles discussions de M. Dalloz (1<sup>o</sup> sous  
 l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1847, Dalloz Périod.,  
 1847, I, 193; 2<sup>o</sup> sous l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin  
 1862, Dalloz Périod., 1862, I, 401-405; 3<sup>o</sup> au mot *Disposi-  
 tions entre-vifs et testamentaires*, Dalloz, *Rép.*, n<sup>o</sup> 4603 et suiv.,  
 4646 et suiv.).

§ 3. — *Résumé.*

Reconnaissons tout d'abord que s'il y a, sur la question qui nous occupe, conflit dans la jurisprudence, c'est qu'il y a véritablement contradiction dans la loi. Il existe une évidente antinomie entre les principes posés dans les articles 1075-1076 et les principes admis par les articles 1077, 1078 et 1079 du Code Napoléon. S'il en est ainsi, nous devons rechercher quels sont ceux qui doivent définitivement l'emporter.

**PREMIER SYSTÈME :** C'est au jour de l'*acte de donation-partage* qu'il faut se reporter, soit pour fixer le point de départ de la prescription de l'action en rescision, soit pour estimer la valeur des biens à l'effet d'apprécier s'il y a lésion de plus du quart. C'est là le système dont la paternité remonte aux savants rapports de M. Lasagni, dont la légitimité était affirmée, en 1847, par M. Delangle, alors avocat général, aujourd'hui procureur général à la Cour de cassation, système qui s'est incarné dans l'arrêt de la chambre des requêtes du 4 février 1845 et dans les arrêts des Cours impériales de Nîmes (24 décembre 1849), d'Orléans (27 décembre 1856), de la Guadeloupe (3 mars 1858), d'Agen, deuxième chambre (7 juin et 11 juillet 1861), de Poitiers (5 mars 1862), sans compter les arrêts cités sous le paragraphe de la *Prescription*.

Cette doctrine ne trouve-t-elle pas sa justification la plus complète et la plus énergique dans les articles 1075 et 1076? L'article 1075 dit : « Les père et mère et autres ascendants « pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage *de leurs biens*. » L'article 1076 ajoute : « Ces partages pourront être faits *par actes entre-vifs ou testamentaires*, avec les formalités, *conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments*. — Les partages « faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que « *les biens présents*. »

Le partage par acte de donation ne se distingue-t-il pas nettement du partage par testament? Tandis que le partage testamentaire ne produira ses effets qu'au jour du décès de l'ascendant, le partage revêtu de la forme de la donation n'est-il pas un partage *actuel*, un partage *irrévocable*, dès là qu'il est *accepté* en termes exprès (art. 894 C. Nap.); ne suit-il pas *les*



*conditions et les règles prescrites pour les donations ?* N'est-il pas un contrat ? Ne faut-il pas lui appliquer les règles des contrats ? Je ne vois pas ce qu'on pourrait, en présence des articles 1075-1076, répondre à cette argumentation. Reporter sa pensée au décès de l'ascendant, au partage de *sa succession*, quand les textes ne s'occupent pas de l'avenir, mais du présent, quand ils nous parlent du *partage des biens présents*, et non du *partage de la succession*, c'est véritablement heurter de front les articles 1075 et 1076. La loi le fera peut-être ; mais la jurisprudence n'a pas les mêmes droits que la loi.

Venons à l'action en rescision. Si nous supposons un instant qu'à la suite des articles 1075 et 1076, on lût immédiatement ces mots : « Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour lésion de plus du quart, etc., » il n'y aurait aucune bonne raison pour faire naître l'action à un autre jour qu'à celui de la donation, lorsque le partage revêt la forme de l'acte entre-vifs.

Cette solution ne peut pas laisser un seul doute si, au lieu de considérer toujours la fin, le but, le résultat de l'action en rescision pour cause de lésion, on voulait bien étudier la nature essentielle de cette action en matière de contrats : car la donation est bien un contrat, s'il en fut jamais.

Qu'est-ce donc que l'action en rescision pour cause de lésion ? N'a-t-elle pour but que de réparer les inégalités matérielles qui peuvent résulter d'un contrat ? Non ; elle suppose, avant toutes choses, un vice dans le consentement. C'est pourquoi elle ne se borne pas à redresser l'inégalité constatée ; c'est pourquoi elle a pour principal effet de rescinder, d'annuler la convention tout entière. Dans la matière des contrats, la lésion vicie le consentement dans les cas prévus par la loi, non moins que la violence, que le dol, que l'erreur ; elle n'est même que l'erreur de plein droit présumée par la loi. Le Code Napoléon ne place-t-il pas, en effet, la lésion sur la même ligne que l'erreur, le dol, la violence ? n'en fait-il pas, dans les articles 1109 à 1118, un vice du consentement ? L'intitulé de la section le prouverait au besoin : *Du consentement !* — « Il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée, » disait Pothier (*Oblig.*, n° 33).

Si la lésion est considérée comme un vice du consentement, il faut bien qu'elle soit antérieure ou concomitante au contrat.

Comment le consentement serait-il vicié par un fait postérieur à la consommation de l'acte?

De là la règle générale de l'article 890 du Code Napoléon. « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur « valeur à l'époque du partage : » tel est le principe posé par la loi sur l'action en rescision en matière de partage d'une succession. — Pourquoi la loi s'attache-t-elle à l'époque du partage, et non à l'époque du décès qui peut précéder le partage de dix, vingt et trente ans? C'est qu'elle n'a pas seulement en vue l'égalité du partage de la *succession* (ce qui devrait reporter l'estimation au jour du décès); elle a surtout en vue l'erreur qui vicie le consentement des copartageants, et, pour savoir si le consentement a été libre, spontané, éclairé, il faut se placer dans les circonstances mêmes dans lesquelles le consentement se produit; il faut se reporter au jour de l'acte de partage, au jour du contrat. — Cette règle de l'article 890 du Code Napoléon est donc la conséquence naturelle d'un principe général, plus général que ne le suppose la Cour de cassation, lorsqu'elle lui imprime un caractère exceptionnel pour la rejeter bien loin des articles 1075-1079.

N'est-ce pas le même principe qui est consacré par les articles 1305 et suivants du Code Napoléon? — La lésion n'implique-t-elle pas un vice dans le consentement du mineur, si bien que, suivant l'article 1306, « le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un « événement casuel et imprévu? »

Dans la rescision de la vente pour cause de lésion, quel est le fondement de l'action? N'est-ce pas une présomption de violence morale qui entache le consentement, et qui évidemment ne peut pas résulter d'un fait postérieur à la vente? Aussi l'article 1675, d'accord avec l'article 890, décide-t-il que « pour « apprécier s'il y a lésion de plus des sept douzièmes, il faut « estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment « de la vente, » c'est-à-dire au moment du contrat.

Pourquoi donc en serait-il autrement dans le contrat de donation portant partage d'ascendant? En définitive, même dans le partage des successions, vous ne vous attachez pas à l'époque du décès pour apprécier la lésion. Si les biens peuvent, dans l'hypothèse de l'article 890, être estimés trente ans après la mort de l'ascendant, pourquoi ne pourraient-ils pas être

estimés trente ans avant sa mort dans l'hypothèse des articles 1075 et 1076? Quand il s'agit de l'action en rescision d'un partage, l'idée de décès s'efface; celle du partage domine.

Voilà la conclusion autorisée par les articles 1075 et 1076, et même par l'article 1079 pris isolément.

Au point de vue de ces trois articles ainsi envisagés, rien de plus juste que l'argumentation de la Cour d'Agen (deuxième chambre, 11 juillet 1861) : « c'est l'acte qui est attaqué; c'est « en lui-même qu'il faut trouver sa raison d'être, sa justification ou sa condamnation; » rien de plus légitime que ces hautes considérations de l'arrêt prononcé, sur les conclusions de M. le premier avocat général Lenormant, par la Cour d'Orléans (27 décembre 1856) : « Ce serait blesser la raison et la « justice que de soumettre ce pacte de famille aux éventualités « de l'avenir, éventualités qui, soit en augmentant, soit en « diminuant plus tard la valeur des biens partagés, pourraient, « à l'insu du père de famille et contre l'intention qui l'animait « au moment du partage, détruire l'égalité qu'il s'était appli- « qué à établir entre chacun de ses enfants. »

Je comprends ce langage : c'est celui de la sagesse, et je n'entends nullement dissimuler mes sympathies pour les saines doctrines philosophiques du système que j'examine; mais ces sympathies ne sont rien devant la loi, et il faudra bien compter tout à l'heure avec les articles 1077, 1078 et 1079 combinés.

J'adresserai, avant d'aborder le second système, un reproche à celui que je résume : c'est d'avoir, contrairement aux principes qui dérivent des contrats et qui sont sa seule force, confondu le partage des *biens présents* avec le partage de la *succession*, l'action en *rescision* pour cause de lésion avec l'action en *réduction* pour atteinte à la réserve. L'arrêt de la chambre des requêtes du 4 février 1845 a été beaucoup trop loin, à mon avis, en déclarant que le partage d'ascendant fait sous la forme de la donation fixe immédiatement, intégralement et irrévocablement, sur la tête des copartagés, la propriété des biens (ce qui est exact)... *même à l'égard de la réserve et de la portion disponible qui leur correspondent, ... sans qu'aucun rapport, soit réel, soit fictif des biens compris dans le partage puisse être exigé au jour du décès!* Non; il y a là un manifeste empiètement des contrats sur le domaine des successions. Que le

partage d'ascendant produise les mêmes effets que la donation dont il revêt la forme, soit; c'est une conclusion que l'article 1076 ne désavoue pas. Mais rien ne permet de faire produire au partage des effets plus considérables qu'à la donation, ni de supprimer ou de modifier en sa faveur les dispositions des articles 843 et suivants relatives aux rapports, les dispositions des articles 920 et suivants relatives à la réduction. Serait-ce que déjà le système qui se défend admirablement sur le terrain des articles 1075-1076, subirait la secrète influence des articles 1077-1079?

**DEUXIÈME SYSTÈME :** C'est au jour du *décès* de l'ascendant que s'ouvre l'action en rescision, que la prescription commence à courir contre cette action, qu'il faut estimer les biens pour le calcul de la lésion, soit que le partage se produise sous la forme de la donation, soit qu'il se produise sous la forme du testament.

Dans ce système, l'idée d'un partage contractuel s'efface complètement; il ne reste qu'un partage de succession qui était à l'état de simple projet du vivant de l'ascendant, qui ne devient un *vrai partage* qu'à sa mort.

C'est la négation flagrante des principes des articles 1075 et 1076.

Ce système, constamment suivi par la jurisprudence de la chambre civile de la Cour de cassation, s'appuie sur quatre arguments principaux, dont un seul pourra paraître décisif.

*Premier argument.* « D'après le droit ancien sur les démissions de biens, véritables partages d'ascendants, qui étaient « irrévocables dans certains pays et révocables dans d'autres, « on se reportait toujours au temps du décès des père et mère « pour estimer les immeubles et savoir si le partage qu'elles « renfermeraient était ou non conforme à la loi » (Agen, première chambre, arrêt du 21 juin 1858). C'est là l'argument historique; il n'est, dans l'intention même de la Cour d'Agen, que ce qu'il me sera permis d'appeler prédisposant; je veux dire qu'il n'est pas concluant. M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, disait : « Le projet ne parle pas des démissions « de biens : elles ne seront donc plus autorisées. » Comment chercher une règle certaine d'analogie dans une institution formellement abolie? La démission de biens était, en principe, exclusive du partage; la masse des biens était transférée aux

héritiers entre lesquels le partage se faisait ensuite selon les règles établies pour les successions; tout au plus, l'ascendant qui se démettait, était-il autorisé à faire un partage entièrement conforme à la loi des successions *ab intestat* (Ferrière, *Dict.*, v° *Démission de biens*). A côté de la démission de biens, il y avait le partage que les père et mère pouvaient faire entre leurs enfants; il était vu avec faveur; Lebrun y fait allusion dans le passage suivant : « Il est constant que toute démission  
 « de biens, *tout partage* et tout rappel fait par quelqu'un entre  
 « ses enfants ou autres héritiers, sont des actes ambulatoires  
 « et toujours révocables, selon maître Charles du Moulin, sur  
 « l'article 8 de la Coutume de Paris, gl. 1, nombre 53, où il  
 « dit : *In omnibus quæ concernunt FUTURAM ALICUJUS SUCCESSIO-*  
 « *NEM, consensus et voluntas ejusdem mutabilis est et ambulatoria*  
 « *usque ad mortem*. Ce qu'il faut étendre au cas même que le  
 « père ait donné à sa disposition la forme et les clauses d'une  
 « donation entre-vifs, etc. » (Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. 1, p. 601). Ainsi tout partage, comme toute démission de biens, s'appliquait à la succession, et la donation-partage n'était considérée que comme un testament. L'argument historique nous mènerait loin, on le voit; laissons-le, et poursuivons : car il est condamné par l'article 1076.

*Deuxième argument.* Les successions ne s'ouvrent que par la mort naturelle, art. 718 (V. arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1864); c'est donc à la mort qu'il faut ajourner toutes les questions que peut soulever le partage contenu dans la donation. — Cet argument ne me paraît pas plus péremptoire que le précédent; car il s'agit de savoir 1° si le partage par donation des biens présents doit se confondre avec le partage de la succession; 2° si, dans tous les cas, l'article 1076 ne serait pas une exception à la règle de l'article 718. En donnant une valeur absolue à l'argument tiré de l'article 718, ne s'exposerait-on pas au danger de la pétition de principe? Là n'est pas encore, à mes yeux, la raison de décider.

*Troisième argument.* Fixer l'ouverture de l'action en rescision au jour de la donation, ce serait violer l'article 922 du Code Napoléon (arrêts de la Cour de cassation des 18 février 1851, 4 juin 1862, 28 juin et 29 août 1864). La Cour de cassation établit par de puissantes raisons, comme on a pu le voir plus haut, le lien intime qui unit les articles 1079 et 822.

— Cependant il est peut-être permis encore de se demander si réellement on viole les règles relatives à l'action en réduction en établissant celles de l'action en rescision. De ce que je fixe, je le suppose, au jour de l'acte la date de l'ouverture de l'action en rescision contre cet acte, je ne vois pas que je doive fixer au même jour l'ouverture de l'action en réduction. Ces deux actions diffèrent essentiellement : 1° par leur nature, l'une, l'action en rescision, procède d'un vice dans le consentement, c'est-à-dire d'un vice du contrat; l'autre, l'action en réduction, est fondée sur une atteinte à la réserve légale; elle dérive directement de la loi, comme la réserve elle-même est l'œuvre directe de la loi; 2° par leurs conditions, puisque la première dure dix ans, dès là qu'elle résulte d'une convention (art. 1304), tandis que la seconde, par cela qu'elle découle de la loi même, dure trente ans (art. 2262); 3° par leur but, puisque la première tend à l'annulation du partage, tandis que la seconde ne tend, comme son nom l'indique, qu'à une simple réduction, l'acte étant maintenu d'ailleurs. Comment! Fixer au jour du partage l'estimation des biens pour apprécier s'il y a lésion, c'est violer l'article 922! Je ne le pense pas, — pas plus que je ne crois violer l'article 922 en le combinant avec l'article 890.

La loi ne demande pas cette confusion de l'action en rescision et de l'action en réduction: Pourquoi ne pas laisser à chacune d'elles sa nature, ses règles, sa destination? Pourquoi les dénaturer? Et un jour est venu où la Cour de cassation, chambre des requêtes, poussée dans cette voie pleine de ténèbres, a déclaré, dans son arrêt du 1<sup>er</sup> mai 1861, que l'action en *réduction* d'un partage d'ascendant entre-vifs, pour atteinte à la réserve légale de l'un des copartageants, est, comme l'action en *rescision* de ce partage, soumise à la prescription de dix ans, et non à la prescription de trente ans.

J'aime mieux mille fois l'arrêt de la même chambre, du 17 août 1863, qui m'apparaît comme un trait de lumière dans le chaos : « Attendu qu'en présence des résultats de l'expertise à laquelle il avait été précédemment procédé, le demandeur a dû abandonner l'action en rescision pour lésion de plus du quart que d'abord il avait formée, et que devant la Cour il ne basait plus son action que sur le § 2 de l'article 1079 du Code Napoléon, soutenant que si la lésion dont

« il se plaignait était inférieure au quart, du moins elle portait  
 « atteinte à la réserve de ses enfants mineurs, la quotité dis-  
 « ponible se trouvant épuisée par les libéralités antérieures du  
 « sieur Honorat Lainé; que la demande ainsi transformée ne  
 « pouvait plus aboutir, eût-elle été fondée, à la rescision du  
 « partage; et que l'article 920 du Code Napoléon n'ouvrirait,  
 « dans cette hypothèse, qu'un seul droit au sieur de Matha,  
 « celui de poursuivre contre le défendeur éventuel la réduction  
 « de l'avantage excessif à lui fait jusqu'à concurrence du com-  
 « plément de la réserve, etc. »

Voilà une distinction bien posée; qu'on en presse les consé-  
 quences, et l'on ne confondra plus l'action en rescision avec  
 l'action en réduction, au point de déclarer qu'on viole l'une  
 d'elles en touchant à l'autre.

On peut très-bien concevoir que si un enfant proteste contre  
 le partage paternel, parce que ce partage lui cause une lésion  
 de plus du quart, on se reporte au jour du partage même pour  
 examiner le mérite de ses prétentions; tandis que, s'il se  
 plaint d'une atteinte à la réserve, on se reporte au jour du  
 décès.

Je ne trouve donc, jusqu'à présent, rien, ni dans l'histoire  
 du droit, ni dans l'article 718, ni même dans l'article 922 qui  
 soit de nature à détruire les légitimes conséquences que le  
 premier système tire des articles 1075 et 1076.

*Quatrième argument.* J'arrive au dernier argument, et, je le  
 déclare, je n'y trouve aucune réponse satisfaisante. L'art. 1079  
 est par lui-même muet sur le jour de l'ouverture de l'action en  
 rescision; mais il me paraît impossible de le séparer des art.  
 1077 et 1078. L'article 1077 dit : « Si tous les biens que l'as-  
 « cendant laissera *au jour du décès* n'ont pas été compris dans  
 « le partage, etc. : » cet article n'est pas encore péremptoire.  
 Mais l'article 1078 ajoute : « Si le partage n'est pas fait entre  
 « tous les enfants qui existeront *à l'époque du décès* et les des-  
 « cendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le  
 « tout. »

Le principe de l'article 1076 n'est-il pas vaincu ici par le  
 principe contradictoire des articles 1077, 1078 et 1079 com-  
 binés? Le contrat n'est-il pas traité comme le testament? Ce  
 que nous avons cru un partage actuel, irrévocable, ne devant  
 trouver qu'en lui-même sa raison d'être ou sa condamnation,

n'est-ce pas un partage conditionnel, incertain, provisionnel en quelque sorte, ne devant devenir définitif qu'au décès de l'ascendant?

Je tremble de me prononcer sur une question qui a divisé, qui divisera encore, peut-être, les plus éminents magistrats jusqu'au sein de la Cour de cassation. Mais, pour dire mon avis, j'emprunterai la parole d'un illustre premier président, et j'appliquerai à la rescision ce que M. Troplong dit de la prescription; car je ne distingue pas entre l'une et l'autre : « Il résulte du rapprochement de l'article 1078 avec l'article 1079, que c'est seulement au décès du disposant que tous les procès doivent se vider. Et, en effet, si l'enfant, « entièrement prétérit dans le partage fait par son père, est « obligé de garder le silence pendant la vie de ce dernier « (ainsi qu'il résulte de l'art. 1078), comment pourrait-on ad- « mettre que l'enfant, en faveur de qui il s'est dépouillé, devrait « nécessairement agir de son vivant pour lui reprocher de n'a- « voir pas été assez libéral envers lui? » Ainsi parle M. Troplong (*Donations et testaments*, n° 2331). L'action en rescision ne s'ouvrant qu'au décès, c'est bien au jour du décès qu'il faut calculer la lésion, comme c'est du jour du décès que court la prescription. Si la lésion totale et absolue de l'enfant évincé du partage ne frappe pas immédiatement cet acte de nullité, si elle ne peut être prise en considération qu'au moment de la mort de l'ascendant, ce n'est aussi qu'à ce moment qu'il y a lieu d'apprécier la lésion partielle de l'enfant qui n'a pas reçu tout ce qu'il devait recevoir.

Tel est, en effet, le dernier état de la jurisprudence. La donation-partage perd tous les avantages que semblaient lui assurer les articles 1075 et 1076; les articles 1077-1079 l'emportent; la fatalité de la loi le veut ainsi. On peut appliquer à la donation-partage le mot d'Horace : *desinit in piscem*. Aussi, des profondeurs du foyer domestique s'élèvent, comme une respectueuse protestation, les doléances des pères de famille réclamant contre une jurisprudence qui les afflige, qui jette le trouble dans leurs cœurs et qui déconcerte la conscience du notariat. La pratique nous révèle cette triste vérité : c'est qu'il n'est plus une donation portant partage qui soit sûre de son lendemain. Qu'ils seraient heureux et reconnaissants, ces pères de famille, si, s'inspirant des sentiments de l'avocat



général de 1847, M. le procureur général près la Cour de cassation croyait devoir provoquer dans la jurisprudence un de ces retours inespérés qu'une parole puissante peut seule assurer ! Mais, je le crains, M. le procureur général dirait à son tour : *Nobis aliquando placebat!*... et il ne demanderait pas un nouvel exemple d'abnégation au prince des jurisconsultes, au moderne Papinien.

Pour moi, je me suis borné au rôle de narrateur ; j'ai raconté les péripéties d'une lutte sérieuse, et, s'il m'est arrivé de hasarder quelques critiques en passant, je ne redoute pas les anathèmes des hommes éminents que j'ai osé combattre : la vraie science est indulgente, je le sais, pour ceux qui viennent humblement offrir leur obole à la porte du sanctuaire ; l'ignorance seule, dans son orgueilleuse impuissance, ne sut jamais pardonner la contradiction.

THÉODORE DEROME.

### RÉVISION DU CODE NAPOLÉON,

PAR M. BATHIE,

professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris.

(Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques,  
les 23 et 30 décembre 1865.)

Dans toute société qui progresse, les lois, même les mieux faites, même celles qui ont été accueillies par d'unanimes éloges, sont, après un temps plus ou moins long, en désaccord avec les faits moraux et économiques. La jurisprudence s'efforce d'abord, par une interprétation aussi large que possible, de plier les textes aux besoins nouveaux ; mais un moment arrive, tôt ou tard, où ce procédé est impuissant parce que le texte résiste, qu'il est impossible de le plier, même de le tourner, et qu'il faut l'appliquer ou le briser. Ce conflit se produit surtout dans les pays où la législation est codifiée, où l'on n'a presque rien laissé à la coutume, où les pouvoirs du juge sont limités par des textes précis et obligatoires. Partout où, comme chez nous, l'on pratique le principe : *optima lex quæ minimum judici*, les ressources de la jurisprudence sont vite épuisées et les remaniements de la législation deviennent nécessaires après quelques années. Je suis loin de croire que la codification n'ait

pas de grands avantages ; la clarté qui en résulte et la facilité qu'elle offre à ceux qui veulent connaître la loi sont des mérites très-précieux, dont la valeur pratique est supérieure à toutes les considérations que fait valoir l'école historique. Mais il y aurait erreur à mettre au nombre des qualités d'une législation codifiée l'immobilité résultant de la difficulté qu'offre toujours le remaniement d'un corps de lois. A diverses reprises notre législation pénale a été modifiée ; plusieurs titres de notre Code de procédure ont été simplifiés ; si le Code de commerce est demeuré à peu près tel qu'il sortit des mains de ses rédacteurs, c'est que dans les matières dont il traite la puissance de la coutume est très-grande ; d'ailleurs le titre des Faillites a été retouché en 1838, et il est probable que, dans la session prochaine, le Corps législatif discutera un projet de loi sur les sociétés. Le Code Napoléon, au contraire, n'a presque pas été changé ; les quelques modifications qu'il a éprouvées portent sur des détails secondaires, dont l'importance ne peut pas être contestée, mais qui paraît petite à ceux dont l'esprit considère l'ensemble de la législation. A quelles raisons faut-il attribuer cette résistance du Code civil ? Tient-elle à la supériorité de la rédaction ou à la nature des droits qui en sont la matière ? Elle résulte peut-être de la combinaison de ces deux causes : car le Code civil fut préparé avec un soin particulier et par des hommes d'un esprit éminent, tandis que les autres parties de la législation impériale furent l'œuvre hâtive de praticiens. D'un autre côté, les rapports privés ont depuis longtemps été étudiés et réglés ; il en est un grand nombre pour lesquels le progrès n'est guère possible, de sorte que la permanence du fond a concouru au même résultat que la maturité de la rédaction.

Le Code civil, si on le juge comme œuvre politique et sociale, mérite les éloges qui lui ont été donnés. Il remplaça heureusement les coutumes diverses qui se partageaient le territoire de la France ; il fit revivre d'anciennes dispositions et les associa, dans un mélange fait avec intelligence, aux principes de la Révolution ; il dissipa plusieurs idées excessives nées au milieu de l'agitation révolutionnaire et que ne pouvait pas adopter une société régulière. En un mot, il consumma, dans l'ordre des intérêts privés, cette réconciliation de l'ancien et du nouveau régime que poursuivait, dans toutes les directions,

la politique du premier Consul. Sa rédaction a de grandes qualités; elle est simple, et sa clarté répond généralement aux besoins de la pratique. Quelques négligences trahissent par intervalles la précipitation de rédacteurs qui se pressent sous les ordres d'une volonté puissante. N'importe; ces imperfections ne doivent pas nous empêcher de reconnaître que, même dans sa forme, le Code civil est une œuvre remarquable.

J'ai noté cependant quelques articles qui ne sont pas en harmonie avec les principes du droit individuel, et notamment de la propriété et de la liberté des conventions. Dans presque tous les titres on trouve des restrictions qui enchaînent inutilement la volonté des parties. Les unes s'expliquent par d'anciennes coutumes dont elles sont un reste, et les autres par cette tendance à réglementer et à prévoir qui a été, à toutes les époques, le caractère de la loi française. Nous allons passer en revue les dispositions auxquelles je viens de faire allusion; cet examen démontrera qu'elles sont assez nombreuses et assez importantes pour expliquer un remaniement du Code Napoléon, dans un sens favorable à la liberté des parties qui agissent ou contractent.

Mon intention n'est pas d'embrasser dans ce travail tous les points de vue auxquels pourrait être entreprise la révision du Code. Je laisse aux jurisconsultes le soin de signaler les inexactitudes qui se sont glissées dans la rédaction, les lacunes qu'il faudrait combler et les controverses qu'il serait bon d'éteindre; je laisse aux philosophes les observations qu'il y aurait à faire sur la constitution de la famille et la condition des personnes. Mon but consiste uniquement à réclamer contre les dispositions qui portent inutilement atteinte au droit individuel, à la propriété et à la liberté des conventions.

Avant de commencer, je tiens à écarter tout reproche de témérité ou d'outrecuidance. La plus grande partie des modifications que je proposerai ont déjà été demandées par des jurisconsultes ou des publicistes qui m'ont précédé. Mon travail sera principalement la réunion de critiques qui sont éparses dans un grand nombre d'ouvrages; les observations qui viendront de moi n'occuperont que la plus petite place. Toute mon audace se réduira donc à réunir ce qui est séparé et à faire remarquer, en le concentrant, ce qui passait inaperçu par

suite de sa division. — Je suivrai l'ordre des titres du Code Napoléon.

L'acquisition de la qualité de Français n'est pas chose facile, car notre loi exige que l'étranger obtienne l'autorisation de fixer son domicile en France, qu'il y réside pendant dix ans et qu'après cette épreuve prolongée il reçoive la qualité de Français par un décret du chef de l'État (loi du 3 décembre 1849). La durée de la résidence peut cependant être réduite de dix à un an, toutes les fois que l'étranger a rendu quelques services signalés à la France. Les entraves que cette législation oppose à la naturalisation me paraissent s'éloigner beaucoup des habitudes de large hospitalité qui caractérisent notre nation et de la tendance qu'a toujours eue notre législateur à favoriser ce qui pouvait attirer l'étranger parmi nous. Cette exception s'explique-t-elle par quelque raison puissante, par quelque intérêt national d'importance? Après avoir longtemps cherché, je n'en ai trouvé aucun. Si l'étranger mérite qu'on le reçoive, pourquoi l'obliger, pendant dix ans, à n'avoir pas de patrie? Ce qui me paraît surtout difficile à expliquer c'est que l'on repousse pendant un an l'étranger qui, après avoir rendu à notre pays un service signalé, demande à être agrégé à un peuple dont il a bien mérité avant d'en faire partie. Pourquoi tarder à faire une si bonne acquisition? Pourquoi perdre pendant un an le concours précieux d'un citoyen distingué? La qualité de Français a certainement un fort grand prix, et d'avance je déclare détestable tout ce qui tendrait à l'avilir; mais je trouve excessives les dispositions qui entravent la volonté du souverain. Notre loi enlève sa nationalité à l'étranger qui se fait naturaliser en France; n'est-ce pas là un frein à la fréquence des naturalisations? Chacun tient suffisamment à garder sa nationalité d'origine pour qu'on n'ait pas à craindre l'invasion des étrangers parmi nous. Il serait d'ailleurs facile de tout concilier. Qu'on laisse subsister la législation actuelle et qu'on y ajoute seulement un article en vertu duquel la qualité de Français pourra être conférée, par une *loi d'intérêt privé*, sans condition de résidence antérieure et à la charge seulement d'établir à l'avenir son domicile en France. Le pouvoir législatif n'est-il pas une garantie suffisante pour rassurer contre l'abus de la faculté de naturaliser? Avec de telles précautions, avec la disposition qui fait perdre la nationalité d'o-

rigine à celui qui est naturalisé Français, avec l'autorisation du pouvoir le plus élevé, il n'y a pas à craindre que le titre de Français soit diminué par une trop grande facilité à le donner. Il ne sera ni trop demandé ni trop accordé. La liberté du pouvoir et des individus y aura cependant beaucoup gagné, car elle sera délivrée d'entraves qui peuvent, dans certains cas, être fort gênantes et empêcher, par le découragement, des naturalisations qui seraient très-désirables.

Qu'oppose-t-on à cette modification? Qu'elle n'aura qu'un résultat presque nul, que la somme des faits ne variera pas, que le changement ne profitera qu'à un petit nombre d'individus, et qu'il n'est pas bon de toucher à notre loi pour quelques cas exceptionnels. Est-ce bien comprendre la liberté? Les moyennes ne sont qu'une abstraction, et elles importent assez peu à ceux qui se trouvent dans l'exception. Alors même qu'une disposition restrictive ne gênerait qu'une seule personne, il serait bon de la supprimer, si on le pouvait sans nuire aux autres. L'entrave est ressentie par des personnes vivantes; n'y a-t-il pas cruauté à leur répondre, quand elles se plaignent, que la moyenne se tait et que la majorité paraît être contente? Autant vaudrait dire à ceux qui s'éteignent à vingt ans qu'ils sont bien heureux, puisque la moyenne s'est, dans ces derniers temps, élevée de trente-trois à trente-sept ou trente-huit ans! Les moyennes sont excellentes pour se rendre compte de l'effet d'une restriction nécessaire; mais si la restriction est inutile, la seule chose dont il y ait à tenir compte, c'est la liberté des individus, même de ceux qui sont dans l'exception. En résumé, je demande que le chef du pouvoir exécutif continue à naturaliser conformément à la loi du 3 décembre 1849 et qu'on accorde au pouvoir législatif la faculté de conférer la qualité de Français en dehors des conditions prescrites par la loi générale.

L'attribution des actes de l'état civil au maire a été un grand progrès pour la liberté de conscience. Je crois cependant que la séparation de la religion et du civil a été faite d'une manière excessive, et que les législateurs ont cédé à une réaction extrême contre la puissance du clergé. Que demande la liberté de conscience? Que la célébration devant le maire soit suffisante; que l'athée, s'il en existe, puisse se marier; que la loi enfin n'exige aucun acte qui soit contraire à la pensée intime

des futurs. Mais la même liberté de conscience demande aussi que si un époux civilement marié ne veut pas, au mépris d'une promesse formelle ou tacite, ajouter la célébration religieuse à la célébration civile, il ne puisse pas contraindre à la cohabitation l'autre futur époux, qui voit un concubinage dans toute relation sexuelle non consacrée par la religion. Celui qui a promis d'aller à l'église, au temple ou à la synagogue, et qui, au sortir de la mairie, refuse de tenir sa promesse, ne mérite pas la protection de la loi, et j'ajoute qu'il y a oppression dans une disposition qui fait violence au conjoint trompé, dont les convictions religieuses s'opposent à la cohabitation. Je sais bien que ce fait se produira rarement, et que presque toujours les époux tiendront leurs engagements; mais l'oppression n'est que plus cruelle lorsque l'opprimé est seul, *pessima servitus unius*. Encore une fois, les moyennes ne font pas qu'une loi soit juste dans les cas particuliers, et lorsque la prohibition n'est pas demandée par l'intérêt général, il est digne d'un législateur éclairé d'assurer la liberté des parties même dans les cas les plus rares<sup>1</sup>. Je voudrais donc que, de-

<sup>1</sup> Si le refus de procéder à la célébration religieuse après le mariage civil est rare, les recueils d'arrêt nous avertissent que le cas s'est présenté quelquefois, et probablement il a été plus fréquent qu'il ne s'est montré, car toutes les fois qu'il a eu lieu l'affaire n'a pas été portée devant les tribunaux. Les femmes, même les plus religieuses, ont préféré se résigner plutôt que de porter devant la justice des réclamations bruyantes. La Cour de Montpellier a eu à statuer sur un cas semblable, et elle l'a fait par arrêt du 4 mai 1847 (aff. Roques). Plus récemment, la Cour d'Angers a prononcé la séparation de corps entre deux époux qui avaient vécu séparés de fait de 1813 à 1858, le mari ayant toujours refusé et persistant à refuser la célébration religieuse (arrêt du 29 janvier 1859). M. Demolombe trouve dans ce refus une cause de séparation de corps, et il motive son opinion en des termes qui méritent d'être cités : « Je crois que l'époux félon blesse profondément son conjoint en violant sa promesse expresse ou tacite, et je conclus que lorsqu'en effet la célébration religieuse a été promise, soit expressément, soit même tacitement, et que l'autre époux a dû y compter (ce qui sera une question de fait), le refus de son conjoint est envers lui une *injure grave*, puisque ce conjoint veut le forcer à vivre dans un état qui, à ses yeux, ne serait qu'un concubinage » (Demolombe, *Traité du mariage*, n° 390, t. II, p. 485). J'admire le tour de force par lequel la jurisprudence de la Cour d'Angers et l'éminent jurisconsulte de Caen ont trouvé là un cas de séparation de corps pour *injure grave*. A moins que les termes n'aient perdu leur sens naturel, je ne vois rien d'injurieux dans ce refus si le conjoint qui refuse ne l'a pas accompagné de faits propres à lui donner ce caractère; or

vant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. Si non, le mariage civil serait définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse. Ainsi se concilierait le droit individuel avec l'intérêt général, et satisfaction serait donnée à la liberté de conscience d'une manière pleine. Ainsi disparaîtrait une oppression qui ne sera, j'en conviens, que fort rare, mais qui est possible, et qui serait assurément cruelle pour ceux qui auraient le malheur de se trouver dans l'exception.

Un autre exemple des mauvais effets que peut produire une réaction exagérée contre les dispositions vicieuses, se trouve dans la loi sur l'abolition de la mort civile (loi du 31 mai 1854). Certes, c'était une loi barbare que celle qui dissolvait le mariage du mort civilement, séparait des époux qui voulaient rester unis, condamnait à la bâtardise les enfants nés de cette admirable fidélité dans l'infortune, en un mot, défendait à l'époux du condamné de croire à l'innocence de son conjoint. Mais la loi nouvelle a aussi son genre de cruauté : elle force à rester unis des conjoints dont l'un est flétri et inspire de l'horreur à l'autre. Le conjoint ne peut que demander la séparation de corps, et, s'il est jeune, sa vie ne sera qu'un long célibat. Au lieu de dissoudre le mariage, comme

ce refus pourrait être fait de la manière la plus respectueuse. Supposons que le mari dise en refusant : « J'avais trop présumé de mes forces, et le désir d'être uni à vous m'avait décidé à passer sur toutes les exigences de la religion; mais aujourd'hui j'ai réfléchi, et il m'est impossible de participer à une cérémonie que mon incrédulité profanerait. » Comment voir une injure dans un refus qui serait motivé en ces termes ?

La manière dont les jurisconsultes ont tourmenté cette loi prouve qu'elle n'est pas bonne et que, dans certains cas, elle est oppressive sans profit pour l'intérêt général. Le vice de ces dispositions est tellement sensible que des jurisconsultes d'un incontestable mérite, par exemple M. Marcadé et M. Bressolles, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, ont décidé que le refus de procéder à la célébration religieuse constitue un *cas de nullité pour erreur sur la personne*, cas prévu par l'article 180 du Code Napoléon. C'est encore un tour de force qui démontre l'insuffisance de la loi. Au lieu de torturer ainsi le sens des textes, rentrons dans la vérité et dans la simplicité : *Simplicitatem legibus amicum*. Reconnaissons qu'il n'y a là ni cause de nullité ni cause de séparation de corps, et qu'il y a simplement motif de modifier une loi qui, par une réaction exagérée en faveur de la liberté de conscience, a blessé cette liberté même.

le faisait le Code Napoléon (art. 227 C. Nap.), au lieu de le maintenir absolument, comme le fait la loi nouvelle, il aurait été juste de permettre au conjoint du condamné de demander la dissolution du mariage, et de la faire prononcer en justice. En lui permettant de choisir entre la fidélité au condamné qu'il croit innocent, et la dissolution du mariage, lorsqu'il le juge coupable, la loi aurait pris une juste mesure entre deux extrêmes. La loi du 8 mai 1816 sur la suppression du divorce n'y faisait pas obstacle; car l'ancien article 227 du Code Napoléon a coexisté avec la loi du 8 mai 1816. La modification que je viens d'indiquer n'aurait donc été qu'un adoucissement de l'article 227. Telle que je la propose, la disposition ne serait pas un cas de divorce, mais un cas de dissolution, avec cette particularité qu'au lieu d'être forcée, comme elle l'a été jusqu'à 1854, la dissolution ne serait que facultative au gré du conjoint du condamné.

Je passerais sur tout le premier livre du Code civil, si je n'étais retenu par la disposition de l'article 513, qui permet de donner *au prodigue* un conseil judiciaire sans l'assistance duquel il ne peut plaider, transiger, aliéner, emprunter ou hypothéquer. Le majeur qui est sain d'esprit doit, selon moi, conserver la libre disposition de sa fortune. Pourquoi tendre un piège aux tiers qui contractent avec lui? Les personnes qui traitent avec un interdit, ou avec celui dont les facultés sont affaiblies (art. 489 C. Nap.), sont averties par l'état mental qu'il y aurait imprudence à contracter. Mais le prodigue ne porte aucun des caractères de la démence, et il lui est facile de tromper les tiers, sans qu'il y ait pour ceux-ci un moyen de découvrir l'incapacité. Sans doute, c'est un malheur pour la famille d'avoir pour chef un père prodigue; pour le père, il est désolant d'avoir un enfant prodigue; pour les frères et sœurs, il est triste d'avoir un frère prodigue qui, après avoir dévoré sa fortune, retombera probablement à leur charge. Tout cela est vrai; mais le rôle de la loi ne consiste pas à empêcher ces douleurs, s'il faut pour cela porter atteinte à la liberté du prodigue et tendre des embûches à la bonne foi du public. Il y a d'ailleurs bien des manières de dépenser sa fortune. Les uns dévorent leur bien *dans les plaisirs*, et les autres dans *les projets*. Celui-ci a des passions violentes et diverses; celui-là est poursuivi par une idée à laquelle il sacrifie tout ce qu'il possède.



Les tribunaux auront-ils, dans les deux cas, le même pouvoir d'appréciation? La famille se plaint également du dissipé et du chercheur, de celui que tourmentent les passions et de celui qu'agite une idée, de celui qui sacrifie son bien à la recherche de l'absolu, tout autant que de celui qui le vend pour des maîtresses. Est-il bon de permettre à la justice une immixtion aussi grave dans la manière de vivre des particuliers? Cependant l'article 513 l'autorise, à moins qu'on ne restreigne arbitrairement le sens de sa disposition. Sans aller jusqu'au *faiscur de projets*, l'éleveur qui fait courir, et qui se ruine en chevaux de course, est-il un prodigue ou un spéculateur? A ce jeu, il est facile de perdre sa fortune, et cependant c'est aussi une façon de s'enrichir. Il y a donc beaucoup de manières de se ruiner, et, lorsqu'on ne peut pas l'empêcher, je doute qu'il soit bon de créer des entraves impuissantes, au préjudice des tiers qui sont exposés à l'erreur sur la capacité du prodigue. Je comprends qu'on accorde aux tribunaux le pouvoir de réduire des engagements excessifs. Alors, en effet, le tiers a été prévenu par l'excès de l'obligation qu'il avait devant lui une personne dont les habitudes étaient dérangées. Comment pourrait-il invoquer sa bonne foi, lorsque la nature et l'étendue de la dette l'ont averti? Mais celui qui a traité sincèrement, qui n'a été averti de l'incapacité du prodigue ni par son état mental ni par le chiffre de la dette, a quelque raison de trouver la loi insidieuse <sup>1</sup>!

Au titre des Servitudes, l'article 661 permet à tout propriétaire joignant le mur voisin d'exiger la mitoyenneté, à la charge seulement de payer la moitié des frais de construction et de la valeur de l'emplacement sur lequel le mur est construit. C'est là ce que j'appelle un cas *d'expropriation pour cause d'utilité privée*. Le propriétaire tient à garder l'entière disposition de son mur; il ne voudrait pas qu'en acquérant la mitoyenneté de ce mur, le voisin eût le droit de l'exhausser, de le démolir

<sup>1</sup> La nomination d'un conseil judiciaire aux prodigues fut très-vivement débattue au Conseil d'État. Elle ne passa dans la loi que sur l'observation peu concluante de Cambacérés : « Un prodigue peut devenir un homme « dangereux, et l'État ne peut pas être indifférent sur le sort des familles » (Loché, t. VII, p. 327). Ce qui est dangereux c'est l'incapacité que rien ne manifeste et dont les tiers ne sont pas avertis. Quant au sort des familles, je ferai observer qu'il serait juste avant tout de considérer le sort de la famille des tiers avec lesquels traite le prodigue.

pour en élargir la base, et de lui causer pendant la reconstruction tous les ennuis inséparables d'un semblable travail ; surtout il lui déplait d'avoir quelque chose en commun avec un voisin qu'il déteste. Quel est donc l'intérêt général qui a déterminé le législateur à faire plier le droit individuel ? Il y aura sans doute économie à faire un mur au lieu de deux ; mais cette économie n'est relative qu'aux intérêts privés. Que si l'on objecte que cette économie profitera au capital et au travail généraux, je répondrai qu'à moins de proclamer le communisme, il faut savoir se résigner aux déperditions qui sont inséparables de la propriété individuelle. Ces pertes sont compensées par des avantages nombreux qu'il est inutile de faire ressortir devant une compagnie qui a beaucoup fait pour défendre la propriété, lorsqu'elle était menacée par les systèmes et par la révolte. Il est évident que l'article 661 est une atteinte au droit de propriété, et que, pour le justifier, il faut recourir à des motifs que les socialistes ont seuls le droit d'invoquer. La mitoyenneté donne lieu à tant de difficultés et de procès, que l'économie qui en résulte est largement compensée par l'augmentation des frais de justice. Il en est, en effet, du voisinage comme de la parenté, et l'on peut dire de l'un et de l'autre : *Magnum incitamentum charitatis et magnum irritamentum odiorum*. D'ailleurs, que la mitoyenneté soit ou non désirable, la seule règle conforme aux principes c'est de laisser aux conventions librement formées le soin de l'établir et de la faire cesser.

L'expérience a démontré que le droit d'acquérir la mitoyenneté peut servir uniquement à vexer le propriétaire duquel on l'exige. Souvent cette acquisition a été employée pour forcer le propriétaire à fermer les jours de souffrance ouverts dans le mur, de sorte que, sans avoir besoin de construire ni d'appuyer aucun ouvrage, le voisin requiert l'article 661 du Code Napoléon, et cet article devient ainsi un moyen de porter atteinte à la propriété privée. Je n'ignore pas que, dans la fixation de l'indemnité, le tribunal tiendra compte du préjudice que cette suppression des jours de souffrance rendra possible. Mais l'indemnité, qui est le seul moyen à employer pour l'expropriation d'utilité publique, cesse d'être un argument quand un intérêt général ne justifie pas le sacrifice demandé à l'intérêt privé.

L'article 663 contient, selon moi, une autre atteinte au droit individuel. D'après cette disposition, dans les villes et les faubourgs, tout propriétaire peut forcer son voisin à contribuer aux frais de construction d'une clôture dont la hauteur est, à défaut de règlements ou usages locaux, fixée par la loi elle-même. Il se peut cependant que, loin de trouver un avantage à faire une clôture, je sois très-contrarié par un mur qui me prendra ou la vue ou l'air, et m'étouffera dans un espace trop restreint. Si mon voisin veut se clore, je ne dois pas l'en empêcher, ni au point de vue de la loi civile ni au point de vue de la loi naturelle. Mais est-il juste de me faire contribuer, de force, à une construction qui m'incommode peut-être? Si j'y trouve avantage, l'accord ne tardera pas à s'établir entre les intéressés, et la liberté des conventions remplacera avantageusement la coaction de la loi. Même quand j'ai intérêt à me clore, je puis être très-gêné par l'obligation de déboursier une somme que peut-être je n'ai pas et que je serai forcé de demander à l'emprunt. L'article 647, qui permet à tout propriétaire de clore son héritage, consacre la seule règle qui soit conforme au droit et, dans l'art. 663 comme dans l'art. 661, je trouve que la propriété n'est pas suffisamment respectée<sup>1</sup>.

Le troisième livre, qui traite des manières d'acquérir la propriété, s'ouvre par le titre des Successions. Les donations et testaments ne viennent qu'après. J'ai souvent fait remarquer que l'ordre serait plus logique s'il était interverti, puisque la succession légitime ou *ab intestat* n'est qu'une espèce de tes-

<sup>1</sup> M. Demolombe dit, au sujet de la mitoyenneté : « L'intérêt bien compris de deux propriétaires voisins est d'avoir en commun, sur la ligne séparative de leur fonds, un seul mur, soit pour supporter leurs bâtiments, soit pour servir de clôture à leurs héritages contigus. Un seul mur suffit en effet; deux murs seraient inutiles, incommodes, dispendieux, et l'on peut même dire que la société tout entière est intéressée à ce que la dépense des capitaux et des terrains ne soit pas doublée en pure perte » (*Servitudes*, t. I<sup>er</sup>, n° 313). L'intérêt bien entendu des propriétaires sera mieux apprécié par les intéressés, et d'ailleurs il dépend de circonstances auxquelles il est impossible d'appliquer une règle uniforme. Quant à l'intérêt général, c'est l'argument que font valoir les socialistes pour demander la consommation en commun et toutes les conditions de la vie commune qui, selon eux, réduirait de beaucoup les dépenses. La plupart des juriconsultes qualifient l'article 661 de disposition exorbitante et, à ce titre, l'interprètent restrictivement (Duranton, t. V, n° 324, et Duvergier sur Toullier, t. II, n° 193, note a).

tament que le législateur fait pour celui qui a été empêché de tester. Il aurait été plus conforme à l'ordre rationnel des idées de donner la première place à l'expression formelle de la volonté du défunt et la seconde à la succession déférée légalement, d'après l'ordre présumé des affections du défunt. S'il n'y avait, dans notre loi, qu'un renversement purement formel, je n'en aurais pas fait l'observation; surtout je me serais abstenu de la produire devant les auditeurs considérables qui me font l'honneur de m'écouter. Mais mon observation ne s'arrête pas à la forme, et le fond même des dispositions en est atteint. On lit, en effet, fréquemment dans les commentaires, que la succession *ab intestat* n'est que le testament présumé du défunt, et que l'ordre légal ne vaut que par la puissance de sa volonté. Les mêmes auteurs écrivent, dans d'autres passages, que la loi préfère l'ordre des héritiers *ab intestat* à celui des héritiers testamentaires, et c'est ainsi qu'ils expliquent plusieurs des restrictions que le législateur a édictées en matière de donations et de testaments. Il faudrait s'entendre cependant. Si la succession légitime ne vaut que par la volonté présumée du défunt, est-il logique de préférer la volonté tacite à la volonté exprimée? La circonstance, frivole en apparence, que le législateur a renversé l'ordre naturel des titres est, en réalité, fort grave parce que le même renversement se retrouve dans le fond des idées. Je commencerai donc par le titre des Donations et Testaments.

Le Code (art. 943 C. Nap.) ne permet de disposer, par donation entre-vifs, que des *biens présents*, et déclare nulle toute donation de biens à venir. Il est fait exception à cette prohibition en faveur du mariage; car la loi permet, soit aux époux, soit aux parents, même aux étrangers, de faire, par contrat de mariage, des donations de biens à venir et des donations de biens présents et à venir. Le Code (art. 944 C. Nap.) exige aussi que le donateur se dépouille *irrévocablement* de ce qu'il donne; toute clause qui autoriserait le donateur à révoquer sa libéralité serait nulle, et les objets pour lesquels le donateur se réserverait la faculté d'en disposer ultérieurement, seraient considérés comme n'étant pas compris dans la disposition. Il y a exception à cette règle pour les donations entre époux pendant le mariage, donations que l'article 1096 déclare révocables.

Si l'actualité et l'irrévocabilité sont deux bonnes règles, pourquoi le législateur s'en est-il écarté en matière de contrat de mariage? Que si, au contraire, ce sont des entraves inutiles, pourquoi les conserver dans les donations ordinaires? Je n'aperçois aucune raison, ni théorique ni pratique, pour exiger qu'un donateur se dépouille actuellement et irrévocablement, et pour interdire au donateur ordinaire ce qui est permis au donateur par contrat de mariage ou aux époux pendant le mariage. Cette interdiction est d'autant moins justifiable que la loi romaine admettait, à côté des donations entre-vifs qui étaient irrévocables, des donations à cause de mort que le donateur pouvait révoquer, et qui étaient caduques par le prédécès du donataire. Les parties avaient donc la faculté de se dépouiller irrévocablement, ou de se réserver le droit de révoquer, et la loi consacrait la volonté qui avait été librement manifestée. Comment se fait-il que notre loi soit moins libérale que celle de Rome, et que, parmi les nombreux emprunts que nous avons faits aux lois romaines, une disposition si favorable à la liberté des conventions n'ait pas trouvé sa place? Cette anomalie s'explique par l'influence de l'ancien droit et par des raisons d'un caractère historique.

Dans notre droit coutumier, la quotité disponible n'était pas la même pour les testaments que pour les donations entre-vifs. Il permettait de disposer plus largement par donation que par acte de dernière volonté. Pour maintenir cette différence, il fallait marquer profondément la distinction entre les deux manières de disposer. Or la donation à cause de mort des Romains avait avec le testament de telles analogies, que si l'on avait admis cette manière de disposer, la différence des deux quotités disponibles aurait disparu<sup>1</sup>. Ce qui avait sa raison d'être dans la législation coutumière n'en a plus aucune sous le Code Napoléon, car il n'y a aujourd'hui qu'une quotité disponible

<sup>1</sup> Argou, *Instit. au droit français*, t. 1<sup>er</sup>, p. 253 : « Les coutumes ont permis de disposer de tous les propres par donation entre-vifs, parce qu'il arrive rarement qu'un homme se dépouille lui-même de son vivant. Et néanmoins, s'il le veut, la coutume le lui permet, la coutume ne voulant pas l'obliger à avoir plus d'égards pour ses héritiers qu'il n'en a pour lui-même. Mais la coutume ne lui permet de disposer par testament que d'une partie de ses propres, afin de conserver les biens dans la famille. »

tant pour les donations que pour les testaments (art. 913 et suiv., 1094 et 1098). Rien ne s'opposerait plus donc au rétablissement de la loi romaine ou, tout au moins, à la généralisation des dispositions exceptionnelles qui ont été consacrées en faveur du mariage. Il est vrai que le donataire a plus d'avantage à recevoir une donation irrévocable, et que cette espèce de libéralité est plus favorable à l'établissement d'une famille qu'un titre fragile et révocable. Mais les exigences de la loi, en cette manière, éloignent de la donation et font préférer le testament. Loin d'y gagner, le donataire y perd, puisque l'impossibilité de faire une donation révocable fait que la libéralité est renvoyée après le décès. Or une donation avec mise en possession immédiate vaudrait mieux qu'un legs, puisque le donataire y gagnerait la jouissance actuelle.

Les mêmes raisons ont conduit à prohiber ou annuler les donations faites sous une condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur. Ainsi l'on annule une donation ainsi conçue : « Si je ne fais pas un voyage à \*\*\*, je vous donne une somme de 3,000 francs. » Quelle est l'utilité de cette prohibition ?

L'article 946 porte que si le donateur s'est réservé le droit de disposer d'un bien compris dans la donation ou d'une somme fixe, et qu'il meure sans en avoir disposé, l'effet ou la somme réservés appartiennent aux héritiers du donateur, nonobstant toute stipulation contraire. C'est encore une application de l'ancienne maxime : *Donner et retenir ne vaut*. Cette restriction s'explique par la même raison historique, par le besoin qu'on avait autrefois de séparer le testament de la donation, à cause de la différence des quotités disponibles. Si l'on ne consulte que la loi naturelle et la raison, quelle objection y a-t-il à élever contre une disposition ainsi conçue : « Je donne ma ferme qui se compose de cent hectares ; cependant, je me réserve le droit de disposer d'un hectare à prendre par le levant en avançant vers le couchant, et si je meurs sans en avoir disposé, j'entends que cet hectare reste à mon donataire ? » Eh bien ! quelque simple qu'elle soit, cette disposition est condamnée par l'article 946, et, contrairement à la volonté du donateur, l'objet réservé revient à ses héritiers au lieu de profiter au donataire.

Ici encore la volonté du propriétaire est sacrifiée sans uti-

lité. Afin de résumer les développements qui précèdent, je formule les conclusions suivantes :

1° Abrogation des articles 943, 944 et 946 du Code Napoléon.

2° Rétablissement de la loi romaine sur les donations à cause de mort, ou subsidiairement.

3° Faculté pour les donateurs d'instituer contractuellement autrement que par contrat de mariage, c'est-à-dire dans un simple acte notarié, et faculté de faire des donations révocables comme celles que peuvent faire les époux pendant le mariage <sup>1</sup>.

Des écrivains dont le nombre augmente chaque jour ont, dans ces derniers temps, critiqué les dispositions sur la réserve, comme portant atteinte à la propriété du père de famille et nuisant à sa puissance paternelle. La propriété, disent-ils, est un droit absolu que le législateur n'a pas le droit de diminuer sans le méconnaître. Si le père est mécontent d'un enfant, s'il a été tourmenté par ses désordres, il ne peut pas le punir, et la loi veut que le patrimoine réuni à grand'peine, par un travail persévérant, aille pour partie aux mains qui certainement le dissiperont. Est-il possible d'imaginer une position plus cruelle? Le père, à la fin d'une vie laborieuse et sans reproche, est obligé de laisser décomposer sa fortune, sans qu'il puisse employer aucun moyen qui l'empêche. D'un autre côté, l'espérance à peu près certaine que la loi donne au réservataire prodigue lui crée une espèce de crédit et des facilités qu'il ne trouverait pas, si les complices de ces débauches avaient à redouter la colère du père et l'exhérédation complète. Ainsi le père de famille a tout à la fois la douleur de penser que sa fortune sera dissipée et que la certitude qui résulte de la réserve alimente les débordements de son fils. La propriété est donc méconnue et la puissance paternelle enchaînée par une loi qui donne les mêmes droits au fils modeste et au fils débauché; il n'y a plus, dit-on, ni respect du droit du père, ni justice distributive pour les enfants.

Les résultats autant que les principes, disent les écrivains dont j'expose les idées, condamnent les restrictions imposées

<sup>1</sup> La maxime *Donner et retenir ne vaut* est condamnée formellement par M. Demolombe (*Donations*, t. I<sup>er</sup>, n° 26, p. 26 et 27).

à la volonté et à la puissance du père de famille. L'égalité des partages a conduit la propriété à une division telle que tout progrès agricole est difficile, sinon impossible. Pas de grande culture, pas de machines; partout le travail de l'homme employé encore là où la force de la nature domptée par le capital pourrait libérer les bras de l'ouvrier. Cette arme de guerre contre le passé ne s'est pas bornée à détruire les vieilles institutions; elle a enchaîné le progrès de la culture, et, par un jeu singulier des événements, ce qui avait été fait pour préparer l'avenir a été une cause de retard et d'immobilité. Lorsque Napoléon recommandait au roi de Naples d'établir le Code civil dans ses États, pour y détruire la noblesse et le parti de la réaction politique, il ne se doutait pas que sa recommandation aurait pour résultat de condamner l'agriculture dans ce pays à un état stationnaire. Cependant, les deux effets étaient inséparables. Là n'est d'ailleurs point la seule déperdition de forces qu'occasionne l'égalité des partages. En Angleterre, l'aîné de la famille représente la tradition et dispose des forces ou richesses accumulées par les générations antérieures. A côté de cette force traditionnelle grandissent les enfants puînés qui ont besoin de leur activité et de leur travail pour se créer une position. Aussi les cadets aidés par la puissance de l'aîné arrivent-ils dans l'armée, l'Église, le barreau, la politique à des positions éminentes, de sorte que le pays ne perd rien parce que la force acquise de la tradition est heureusement combinée avec l'activité féconde de ceux qui s'élèvent par le travail.

Je me borne à cette esquisse d'une question qui a récemment été traitée en plusieurs volumes. Si j'ai rappelé ces objections bien connues, c'est pour mieux classer les motifs qui me portent à l'approbation de notre loi sur ce point.

Quelque absolue qu'elle soit, la propriété a des limites, et son caractère de *droit absolu* signifie seulement qu'il ne faut la restreindre que par nécessité. Cette nécessité existe-t-elle en matière de *réserve*?

Évidemment oui; les parents sont tenus à la dette alimentaire envers leurs enfants ou descendants, et ces derniers sont réciproquement obligés de fournir des aliments à leurs ascendants. Or la dette alimentaire est un rapport d'obligation qui s'éteint à la mort de ceux qui la doivent. La réserve a été instituée pour la perpétuer après la mort des débiteurs d'ali-



ments; elle correspond à l'obligation naturelle qui lie les ascendants aux descendants et réciproquement. Serait-il équitable qu'après avoir mis au monde une famille qui se perpétuera, c'est-à-dire après avoir créé des besoins transmissibles, le père disposât de tous ses biens au profit d'un étranger ou même exclusivement en faveur de l'un de ses cohéritiers? La réserve en transmettant une portion du patrimoine est la manière la plus complète dont puisse être remplie l'obligation de fournir des aliments qui est la conséquence de la paternité. Elle est préférable à une obligation consistant à payer une rente en argent, parce que l'attribution d'une part suit le progrès de la richesse, et qu'une rente, au contraire, n'est, après trente ou quarante ans, que la moitié de ce qu'elle valait au moment de sa fixation. Les sommes fixées il y a cent ans, pour servir de pensions alimentaires, ne donneraient pas aujourd'hui de quoi se nourrir aux enfants de ceux qui, avec ces pensions, vécurent autrefois dans l'opulence.

Mais, dit-on, l'obligation alimentaire n'est-elle pas dépassée par l'institution de la réserve? Je ferai observer que ce ne serait qu'une question de mesure, non de principe<sup>1</sup>. Je comprendrais que, d'après cette objection, on demandât la réduction de la portion réservée; mais cet argument ne peut pas aller jusqu'à faire condamner l'institution. Il est d'ailleurs impossible d'apprécier, d'une manière absolue, si la réserve fixée par notre loi est ou non suffisante pour représenter la dette alimentaire. Les fortunes sont fort inégales et le nombre des héritiers très-varié. Le tiers, le quart ou la moitié sont, dans les maisons opulentes, assez importants pour excéder les besoins de la dette alimentaire; tandis que dans les familles seulement aisées ils ne représentent que le strict nécessaire. La loi peut-elle tenir compte de toutes ces diversités, surtout dans un pays où il faut que les dispositions soient uniformes et où l'on n'aimerait pas des distinctions suivant la fortune pas plus que des distinctions suivant la naissance? Je trouve

<sup>1</sup> M. Demolombe donne également pour base à la réserve l'obligation alimentaire (*Donations*, t. I, n° 6 et 7, et t. II, n° 2). V. notre nouveau *Cours d'économie politique*, 33<sup>e</sup> leçon, t. II, p. 82.) M. Demolombe ajoute que la réserve est demandée par l'intérêt général, « parce que la transmission héréditaire des biens est le moyen le plus énergique de la conservation des familles » (t. I, n° 8).

que notre Code a fait une division raisonnable de la réserve et de la quotité disponible, et, tout en admettant qu'on pourrait fixer des proportions nouvelles, je ne suis pas de ceux qui demandent une révision sur ce point. Les auteurs du Code me paraissent avoir adopté le véritable principe et fixé la moyenne à laquelle il était bon de s'arrêter. Quant à la puissance paternelle, il est impossible de soutenir qu'elle est désarmée par une loi qui permet de donner le tiers, la moitié ou le quart. Si la menace d'enlever une part si considérable de la fortune ne suffit pas pour ramener l'enfant qui cède à de mauvaises passions, il est douteux que des moyens plus énergiques eussent plus d'efficacité. Sans réussir à ramener les fils égarés, la liberté testamentaire aurait l'inconvénient de permettre bien des dispositions capricieuses et d'introduire, par des exhérédations injustes, des ferments de haine dans les familles. Sans doute, la puissance paternelle est chose respectable, et il faut craindre de la désarmer; mais l'abus n'est pas impossible, et la loi qui protège le père contre lui-même, qui garantit à l'enfant une part de la fortune, est une loi sage parce qu'elle ne limite le droit qu'affin de prévenir l'arbitraire. On a dit avec raison que *la liberté de tester* ne serait employée que dans le sens d'une *abusive liberté d'exhérer*.

Toutes les objections tirées de la division excessive des terres et de l'obstacle à la grande culture sont, à mon sens, exagérées. Sans entrer, à ce sujet, dans une longue dissertation, je me borne à citer un fait d'une grande signification et dont l'observation est bien facile puisqu'il se passe sous nos yeux. C'est dans le nord de la France que se sont développées la grande propriété et la grande culture, tandis que dans le Midi on trouve le colonat partout usité, la propriété très-divisée et la culture réduite, même par les grands propriétaires, à de fort petites exploitations. Cependant, dans le Nord, il n'y a presque pas d'exemple qu'un père de famille dispose de la quotité disponible; les partages se font également dans presque tous les cas, et l'on ne connaît ni l'ainesse ni la masculinité. Dans le Midi, au contraire, le moindre paysan dispose du quart ou du tiers au profit de l'ainé invariablement, pour obéir à un usage qui domine toutes les classes de la société. Que faut-il conclure de cette observation? C'est que l'égalité des partages n'a pas les effets qu'on lui attribue et que la liberté testamen-

taire ne produirait pas les effets qu'on attend. Dans le Nord, les parents continueraient à partager également leur patrimoine entre les enfants, tandis que dans le Midi le père profiterait de la réforme pour réduire à rien des enfants qui ne lui auraient donné aucun sujet de mécontentement. Ainsi la loi proposée serait inutile dans la moitié de la France et certainement oppressive contre les enfants dans l'autre partie. Conservons donc, sur ce point, l'œuvre des rédacteurs du Code Napoléon ; ils ont pris une juste proportion entre le droit que reconnaissaient quelques anciennes coutumes et la limite extrême que les lois révolutionnaires avaient imposée à la volonté du père. (Loi du 17 nivôse an II.)

Je reconnais cependant que cette partie de notre loi civile pourrait recevoir des modifications utiles. Parmi les dix-huit cas d'exhérédation qu'admettait la loi romaine, il y en a quelques-uns qui pourraient être transportés dans notre législation ; il est impossible, en effet, de nier qu'il serait juste, dans certaines circonstances, de permettre au père d'exhérer le fils indigne. Cette satisfaction pourrait et devrait être donnée à ceux qui réclament en faveur de la puissance paternelle. D'un autre côté, la jurisprudence exige avec une rigueur excessive que les lots de chaque copartageant se composent de meubles et d'immeubles ; elle va même jusqu'à décider que le père qui fait un partage anticipé ne peut pas, à peine de nullité, donner à l'un de ses enfants des immeubles et de l'argent aux autres. Il faut absolument, même contre la volonté du père, que les immeubles soient fractionnés. Or cette division forcée a, dans beaucoup de cas, les plus graves inconvénients. Les motifs sur lesquels s'appuie le principe de la réserve n'exigent pas que la volonté du père soit enchaînée quant au mode de partage, et, pourvu qu'il assure à ses enfants la valeur de leur portion, ceux-ci n'ont pas le droit de se plaindre. Mes conclusions tendent à ce que :

- 1° Les articles 913 et suivants soient maintenus ;
- 2° Qu'on les complète par l'admission de certains cas d'exhérédation légitime ;
- 3° Que l'ascendant qui fait un partage anticipé ait une entière liberté pour la composition des lots ;
- 4° Que, même en cas de partage judiciaire après décès, les juges aient pour la composition des lots un pouvoir plus étendu

que ne leur en a attribué l'article 832 du Code Napoléon.

De même que je voudrais laisser au donateur une grande liberté pour faire ses dispositions, ainsi je trouverais bon qu'on respectât sa volonté une fois manifestée. Comment justifier la révocation des donations pour survenance d'enfants, surtout l'effet rétroactif qui emporte tous les droits réels conférés sur l'immeuble par le donataire? Les espérances que la donation avait fait naître seront détruites par la naissance d'un enfant; les établissements formés, grâce aux biens donnés, sont troublés, et, pour favoriser les enfants nés contrairement à toute attente, on dépouille les enfants nés du mariage que la donation avait déterminé. Cette menace de révocation est même de nature à empêcher des établissements, et force à employer des moyens détournés (tels que l'achat de valeurs au porteur) pour éviter l'éventualité de cette révocation. En deux mots, je demande que le donateur puisse, s'il le veut, ne faire que des donations révocables; mais s'il a fait une donation irrévocable, que sa volonté soit exécutée et qu'on ne lui réserve pas un moyen de troubler des existences qu'il a fondées et des ménages qui ne se seraient pas formés sans la libéralité<sup>1</sup>.

S'il est vrai que dans le titre des Donations et Testaments, le législateur n'a pas toujours respecté la liberté et la volonté des parties, il est facile de démontrer qu'au titre des Successions *ab intestat*, la volonté présumée a été plus d'une fois méconnue. Il s'agissait de classer les héritiers d'après l'ordre probable des affections du défunt; or, pour suppléer les dispositions qui n'ont pas été faites, le législateur a déferé la succession de la manière suivante.

Après les enfants et descendants, qui occupent le premier rang, la loi appelle les frères et sœurs et les père et mère, qui forment la deuxième classe. S'il n'y a ni frère ni sœur, la succession se partage entre les deux lignes paternelle et maternelle. A partir de ce moment, la succession est déferée comme s'il y avait deux successions juxtaposées mais distinctes. Dans sa ligne, l'ascendant est préféré aux collatéraux; mais il existe une barrière entre les deux lignes, et le père qui prend la

<sup>1</sup> Il s'en fallut de peu que la révocation pour survenance d'enfants ne fût exclue du Code par une disposition formelle. Un article en ce sens figurait dans le projet. Treilhard, Tronchet et Bigot de Préameneu appuyaient cette disposition.

moitié dans la ligne paternelle est exclu, dans la ligne maternelle, non-seulement par les ascendants plus éloignés que lui, mais par des collatéraux jusqu'à l'épuisement des degrés successibles, c'est-à-dire jusqu'au douzième degré! Quel outrage à la nature! Des parents inconnus sont préférés, pour la moitié de la succession, au père ou à la mère. L'ancienne maxime : *paterna paternis, materna maternis*, était bien plus équitable. Elle avait pour résultat de faire retourner les biens au lieu d'où ils venaient et de déférer la succession suivant l'origine des biens. Il n'y avait rien d'extraordinaire à préférer les parents plus éloignés d'une ligne aux parents plus rapprochés de l'autre, parce que dans ce système la succession était une espèce de retour. Notre Code, au contraire, ne distingue pas les biens d'après leur provenance. Alors même que tous les biens viendraient d'une seule ligne, la fente aurait lieu. Il pourrait donc se faire que le parent le plus proche dans une ligne d'où viennent tous les biens de la succession fût exclu de la moitié de ces biens, par un parent très-éloigné de l'autre ligne qui n'a rien fourni. Il n'est pas douteux que la fente entre les deux lignes n'ait été inspirée par l'ancienne maxime *paterna paternis, materna maternis*; mais confessons aussi que cette reproduction est loin d'être fidèle.

Autre anomalie! L'enfant naturel reconnu et le conjoint survivant ne viennent qu'à titre d'héritiers irréguliers, c'est-à-dire après les collatéraux au douzième degré. Ainsi le conjoint survivant qui a partagé les douleurs et les joies du défunt, l'enfant naturel auquel, par la reconnaissance, il avait donné une grande marque d'affection, ne viennent qu'après des parents inconnus. N'insistons pas; cette disposition a été critiquée tant de fois, que je crains de dire une banalité. Suivant moi, pour suivre l'ordre probable des affections, il faudrait s'arrêter aux dispositions suivantes :

1° Supprimer la distinction entre les héritiers réguliers et les héritiers irréguliers;

2° Supprimer la fente entre les lignes paternelle et maternelle;

3° Après la première classe d'héritiers qui resterait composée des enfants et descendants, la succession serait déferée à la seconde classe composée des père et mère ou autres ascendants en concours avec le conjoint survivant. Viendraient

ensuite les collatéraux suivant le rapprochement de leur degré de parenté.

Quant aux enfants naturels reconnus, il y aurait certainement inéquité à les mettre sur la même ligne que les enfants légitimes, et c'est avec raison que l'article 756 ne leur attribue qu'une part de ce qu'ils auraient eu s'ils avaient été légitimes. Mais, si l'on consulte sérieusement l'ordre des affections, il est impossible de nier que les enfants naturels reconnus passent avant les collatéraux, et que la déduction du quart qu'ils subissent, en cas de concours avec ces derniers, n'a pas sa racine dans le cœur du défunt.

Nous trouvons dans l'article 841 du Code Napoléon une disposition qui ne me paraît pas être conciliable avec la liberté des conventions librement formées entre majeurs. D'après cette disposition, le cessionnaire des droits successifs de l'un des cohéritiers peut être écarté du partage moyennant le remboursement du prix de la cession. C'est là ce qu'on appelle *le retrait successoral*. Ainsi, en remboursant au cessionnaire ce qu'il a déboursé, le retrayant peut lui enlever le bénéfice de son contrat et se l'attribuer. Bien évidemment, si le cessionnaire avait fait un mauvais marché, aucun des cohéritiers n'aurait eu l'idée de l'écartier, ou l'aurait laissé venir au partage pour y recueillir la portion payée à un prix trop élevé. Mais comment caractériser les dispositions qui donnent à quelqu'un le droit de choisir entre deux partis suivant son intérêt, et de s'attribuer une affaire ou de la repousser, selon qu'il y a ou non bénéfice? J'ai lu beaucoup de commentaires où cette faculté est qualifiée de *choix immoral*.

En voulant couper court à la spéculation du cessionnaire, on favorise le calcul odieux du retrayant. Je dis *odieux* parce que, sans affronter aucune chance, il fait une bonne affaire à coup sûr et enlève cet avantage à celui qui avait couru des risques. Le motif invoqué pour défendre l'article 841 se tire de ce qu'il est bon de fermer aux étrangers les secrets de la famille. Si l'intérêt est assez grand pour garder le secret, pourquoi le retrayant ne serait-il pas tenu de rembourser la valeur intégrale, au lieu de donner seulement les déboursés? L'expérience a prouvé que le retrait n'a été exercé que dans les cas où il y avait bénéfice pour l'héritier qui l'exerce; quant au secret de la liquidation, il est presque sans exemple que des sacrifices

aient été faits pour le garder. Ce secret peut d'ailleurs être forcé par les créanciers qui ont le droit d'intervenir au partage. Pourquoi exclure le cessionnaire alors que les créanciers sont admis? Pourquoi considérer le cessionnaire de droits successifs comme un spéculateur avide qu'on peut frapper sans ménagement comme s'il était en dehors du droit? Ce cessionnaire peut rendre de grands services. Voilà un successible qui est appelé au loin par ses affaires, qui est pressé de réaliser son avoir, qui ne peut pas attendre la fin de la liquidation et des opérations du partage; il trouve un cessionnaire qui lui donne de l'argent comptant et prend à sa charge les résultats de cette liquidation. Ce cessionnaire ne rend-il pas un service, et son acte présente-t-il les caractères d'une opération déloyale? La convention est utile et morale; elle intervient entre parties majeures et capables de disposer de leurs droits; il n'y a donc pas de raison décisive pour résoudre le contrat librement formé<sup>1</sup>.

Le titre des Obligations ne donne lieu qu'à un petit nombre d'observations. Ses dispositions sont inspirées par le principe de l'article 1134, d'après lequel les conventions librement formées sont la loi des parties, et de l'article 1135 qui veut que tous les contrats soient exécutés de bonne foi; or il faut reconnaître que, dans les détails, ces deux principes généraux ont été fidèlement observés.

Je ferai remarquer cependant que l'article 1130 du Code Napoléon défend de faire des traités sur succession future, même lorsque le successible y consent. La loi romaine était sur ce point plus favorable à la liberté des conventions, puisqu'elle admettait la validité de la stipulation lorsqu'elle était faite avec l'adhésion du *de cuius*. Les dangers du *votum mortis* nous conduiraient loin; car, s'il fallait s'en préoccuper, tout droit viager devrait être interdit. La constitution de l'usufruit et de la rente viagère auraient le même inconvénient, et il faudrait prohiber plusieurs conventions d'une incontestable utilité.

Après le titre général viennent des dispositions spéciales à

<sup>1</sup> Le retrait successoral n'est pas approuvé par M. Demolombe (*Successions*, t. IV, n° 11). « Les droits successifs, après tout, dit-il, appartiennent à l'héritier et il doit pouvoir en disposer comme de ses autres biens; or il est évident qu'il ne peut pas en disposer avantageusement si celui qui achète est exposé à se voir enlever son marché. »

quelques contrats, et c'est dans ces dispositions que se trouvent des articles qui, selon moi, portent atteinte au droit de propriété et à la liberté de contracter.

Au titre de la Vente, nous trouvons une disposition qui permet au vendeur d'un immeuble de demander la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes; on présume que le vendeur, s'il a subi une lésion aussi considérable, a contracté sous la pression de quelque besoin qui lui a enlevé au moins une partie de sa liberté. D'un autre côté, la loi voit avec défaveur l'acheteur qui paraît avoir profité de la position embarrassée du vendeur pour se procurer l'immeuble à vil prix. Il est certain qu'on peut imaginer des hypothèses où la disposition atteindra un acheteur peu digne d'intérêt; mais il est aussi facile de démontrer que dans plusieurs autres cas, la même disposition frappera des acheteurs qui ont rendu un véritable service au vendeur. Supposez que celui-ci eût besoin d'argent et qu'il ne trouvât pas à vendre parce que les circonstances étaient défavorables; son voisin, qui avait de l'argent, consent à le détourner de la Bourse, où il aurait été placé à 10 p. 100 : s'il renonce à son fructueux placement, c'est que le bas prix de l'immeuble lui offre une compensation. Lorsque la tourmente sera passée, lorsqu'il n'y aura plus de difficulté pour vendre, lorsqu'il ne sera plus temps de placer l'argent aux mêmes conditions, le vendeur pourrait redemander son immeuble sous prétexte qu'il y a eu lésion. Ainsi le service rendu par l'acheteur tournera contre lui, et le vendeur, devenant ingrat par intérêt, dénoncera aux tribunaux comme une pression abusive le contrat qu'il avait imploré autrefois comme un service. En deux mots, les articles 1674 et suivants permettent de frapper quelquefois des conventions qui méritent d'être traitées sévèrement, mais ils obligent aussi la justice à résoudre des contrats sérieusement et sincèrement formés.

Ce qui démontre le vice de ces dispositions, c'est que leur application offre les plus grandes difficultés. Que faut-il, en effet, entendre par valeur d'une chose, et dans quels cas y aura-t-il *lésion*? On estimera, dit-on, la chose d'après le prix courant des immeubles dans le pays; mais il y a des immeubles qui ont une valeur exceptionnelle et pour lesquels toute comparaison est impossible : l'immeuble de Clos-Vougeot ou celui de Château-Lafitte peut-il être apprécié par relation à un prix



courant? Où est le prix courant d'un immeuble unique de son espèce? Si l'on nomme des experts, comme la loi l'exige, quelle sera la règle de leur estimation?

La rescision ne s'applique pas à la vente des meubles, parce que : 1° on tient moins aux meubles qu'aux immeubles; 2° parce que les meubles changent fréquemment de prix et qu'il serait difficile de déterminer la valeur de la chose au moment de la vente. Le premier motif n'est que l'application de la maxime bien discréditée : *Vilis mobilium possessio*. Au second point de vue, je ferai observer que les immeubles sont aujourd'hui sujets à des variations de valeur nombreuses qui n'avaient pas lieu autrefois; il en résulte que depuis la rédaction du Code la différence entre les meubles et les immeubles a perdu sa raison d'être <sup>1</sup>.

Au même titre, l'article 1699 du Code Napoléon permet d'écarter le cessionnaire de droits litigieux en lui remboursant la somme qu'il a payée pour le prix de la cession. Cette disposition présente l'analogie la plus grande avec celle de l'article 841; aussi l'appelle-t-on *retrait litigieux*, dénomination semblable à celle de *retrait successoral* que nous avons déjà rencontrée. L'acheteur de droits litigieux a couru une chance, il a rendu un service au cédant qui n'avait pas le moyen de faire un procès, et, loin de le traiter avec défaveur, il faudrait voir en lui un auxiliaire utile de la justice. Je ne nie pas que ce cessionnaire ne puisse être un spéculateur peu digne d'intérêt; mais il se peut aussi que ce soit un cessionnaire sérieux, sans l'intervention duquel le cédant n'aurait tiré aucun parti de son droit. D'ailleurs, ce qui condamne la disposition, c'est que le retrayant a le droit de choisir, suivant le bénéfice qu'il y trouvera, entre l'exercice du retrait et la chance de la lutte judiciaire. Si le procès offre le péril d'une solution défavorable, il exercera le retrait et, pour une faible somme, se procurera le projet définitif d'une injustice sans remède. Que si, au contraire, le procès est excellent pour lui, s'il est sûr de le gagner, il laissera le cessionnaire faire des frais, agissant ainsi suivant

<sup>1</sup> Au Conseil d'État, la décision fut combattue par Berlier, Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, Réal et Defermon. Elle avait été vigoureusement combattue par Thomassius (*De æquitate cerebrind*, 73<sup>e</sup> dissertation). Portalis, Cambacérès et Tronchet se prononcèrent pour la rescision, et le Premier Consul opinâ aussi dans ce dernier sens.

les circonstances et choisissant à coup sûr une affaire lucrative. Je le répète, des dispositions qui laissent un pareil choix ne sont pas morales. Leur moindre inconvénient est de rompre un contrat formé librement entre parties majeures.

L'étude sur le contrat de vente nous rappelle la prohibition écrite dans le décret du 6 messidor an III (24 juin 1795), qui interdit la vente des *grains en vert* pendants par racines, à peine de confiscation des fruits vendus, sauf quelques exceptions écrites dans un décret du 23 messidor suivant.

Cette disposition faite dans un temps de trouble, sous la pression d'une irritation fiévreuse et aveugle contre les spéculateurs, n'a plus de raison d'être; elle doit être reléguée parmi les dispositions rendues contre les accapareurs, dispositions qu'aucun esprit éclairé ne soutient plus aujourd'hui. Autant vaudrait rétablir le maximum que de maintenir la prohibition des ventes de grains en vert.

Le titre du Louage nous présente plusieurs dispositions dignes de remarque. Qui ne connaît l'article 1734 sous lequel tout locataire doit trembler! si une maison brûle et qu'on ignore l'appartement où le feu a commencé, tous les locataires sont solidairement tenus envers le propriétaire du préjudice qu'il éprouve. Parmi les personnes qui occupent la maison, il n'y en a qu'une qui soit responsable ou doive l'être. Cependant le propriétaire est dispensé de faire la preuve, et une présomption générale enveloppe des locataires qui ne se connaissent pas, qui ne peuvent pas se surveiller. Est-il juste d'obliger à une surveillance réciproque des locataires qui n'entrent pas les uns chez les autres? C'est le propriétaire qui choisit les locataires; il doit en répondre, et, puisqu'il agit en indemnité, c'est à lui qu'incombe l'obligation de prouver son droit. C'est l'application d'une règle générale d'après laquelle *onus probandi incumbit ei qui agit*. La responsabilité des locataires contre lesquels la preuve n'est pas faite est déjà une obligation dont le caractère est exorbitant. Mais que dire de la solidarité établie par l'article 1734? Non-seulement le locataire sera tenu de payer sa part, mais il pourra être actionné pour le tout. Si les autres sont insolubles, le locataire riche sera tenu d'acquitter leur part. Supposez que le feu ait pris dans les appartements d'un locataire insolvable. Quel malheur pour le propriétaire! s'il a la preuve, il la cachera et aimera mieux s'en

rapporter à la présomption générale de l'article 1734 qui lui permet de choisir le plus riche des locataires.

Quelles sont les raisons par lesquelles le législateur a pu être conduit à édicter une disposition aussi rigoureuse ?

Celles qui ont été données se réduisent à dire que le locataire est tenu de rendre la maison louée et que, s'il ne le peut pas, il doit prouver sa libération en démontrant que le feu n'a pas pris dans son appartement. Je comprends que l'obligation de se disculper soit mise à sa charge lorsqu'il occupe seul la maison; il n'en est pas de même lorsqu'il y a plusieurs locataires. D'ailleurs ne serait-ce pas l'obliger à prouver un fait négatif? Sans doute la preuve d'un fait négatif n'est pas impossible; il faut cependant convenir qu'elle est plus difficile que celle d'un fait positif. Il est donc plus naturel de forcer le propriétaire à prouver la responsabilité contre le locataire, que de forcer le locataire à prouver qu'il n'est pas responsable.

Les principes veulent que le propriétaire, lorsqu'il agit *in solidum* contre l'un des locataires, soit chargé de la preuve : 1° parce que c'est au créancier à prouver; 2° parce que la preuve d'un fait négatif étant plus difficile que celle d'un fait positif, il est préférable de mettre la preuve à la charge de celui qui doit prouver un fait positif.

Le propriétaire n'a qu'à s'assurer contre l'incendie, et la précaution est facile pour lui puisqu'il connaît le risque. Mettre l'assurance à la charge des locataires, c'est obliger chacun à assurer toute la valeur de la maison, de sorte que la maison serait assurée plusieurs fois tandis que le propriétaire n'aurait à l'assurer qu'une seule fois <sup>1</sup>.

Au même titre, l'article 1811 contient un certain nombre de dispositions restrictives qui défendent de stipuler : 1° que le preneur supportera la perte totale du cheptel, si elle arrive par cas fortuit et sans sa faute; 2° qu'il supportera dans la perte une part plus grande qu'il n'en aura dans le profit. D'après l'article précédent, en effet, la perte totale du cheptel, lorsqu'elle survient par cas fortuit, est à la charge du bailleur tandis que la perte partielle doit être supportée en commun. Ainsi non-seulement la perte totale fortuite est à la charge du bailleur, mais

<sup>1</sup> M. Troplong estime que l'article 1734 est trop rigoureux (*Échange et louage*, t. I, n° 377, p. 462).

la loi défend même au preneur de promettre, par une convention expresse, qu'il y participera pour quelque chose. Que résulte-t-il de là? C'est que le preneur, en cas de perte partielle, a intérêt à procurer la perte totale, pour échapper à sa part de responsabilité. On a vu, dans cette occurrence, des chepteliers chercher à faire périr ce que l'épidémie avait épargné. Sans doute si la fraude était prouvée, le preneur serait responsable, mais la preuve serait difficile parce que la fraude est ingénieuse pour se dissimuler comme elle est audacieuse pour agir. Il y a péril, ce me semble, à placer une partie entre son intérêt et sa conscience, alors surtout qu'il est difficile de prouver quelles inspirations ont été suivies par l'auteur de la fraude.

En matière de sociétés, je trouve dans la loi civile des restrictions qui ont agi sur la loi commerciale, et que j'aimerais à voir disparaître du Code civil et du Code de commerce tout à la fois. Les précautions accumulées pour protéger les tiers n'ont pas empêché une seule fraude de se commettre, ni une affaire véreuse de se produire. Les faits ont démontré l'impuissance de la loi pour empêcher le mal, et, d'un autre côté, les dispositions destinées à prévenir les fraudes ont arrêté d'excellentes entreprises. Je comprends que l'on cherche à rassurer les bons et à effrayer les méchants; mais il ne faut pas faire des lois qui épouvantent tout le monde, et c'est là l'effet que produisent les mesures préventives, surtout si elles sont trop sévères. A mon sens, il serait préférable de laisser aux parties le droit de s'associer aux conditions qu'il leur plairait de fixer, pourvu qu'elles n'eussent rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Seulement la loi déterminerait certains types de société auxquels les parties pourraient se référer par une convention générale, soit en les adoptant purement et simplement, soit en les modifiant par des clauses accessoires. La loi n'a pas suivi d'autre marche pour la première des associations, pour l'association conjugale; elle permet aux parties d'adopter un régime ou d'en combiner plusieurs, sans autre restriction que le respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Pourquoi ce régime, qui est bon pour la plus importante des associations, ne serait-il pas suivi pour des sociétés purement pécuniaires? Tout ce qui est dû aux tiers c'est l'organisation d'une publicité qui leur fasse connaître les clauses de l'acte

social. C'est pour cela qu'à la place de l'extrait prescrit par les articles 42 et 43 du Code de commerce, je voudrais qu'une copie de l'acte de société fût déposée, et que le depositaire public chargé de le recevoir en donnât connaissance à tous les requérants.

La matière du prêt et des garanties accessoires, tels que gages, privilèges et hypothèques, donne lieu à des observations graves. Pour constituer un gage il faut que l'emprunteur se dessaisisse de la possession. Toutes les fois que cette condition est impraticable, il ne peut pas engager les objets. Ainsi, le propriétaire qui veut faire un emprunt au moment de la récolte, ne peut pas engager les fruits qui ne sont pas encore détachés. S'il voulait donner en gage les animaux attachés à la culture, il serait obligé de les séparer de l'exploitation. On fait observer que, pour les meubles, la mise en possession du créancier est le seul moyen d'avertir les tiers du droit de préférence. Il est aisé de répondre que la loi organique des banques coloniales permet d'engager les récoltes des plantations, et que cette loi a établi une publicité spéciale pour faire connaître aux tiers la constitution du droit de gage. Les procédés établis par la loi dont nous parlons pourraient être étendus à la France; car il est facile de se convaincre que ces dispositions ne tiennent pas à la situation des colonies. Il y a chez nous des receveurs de l'enregistrement, comme aux colonies, et, par conséquent, les formalités de la loi sur les banques coloniales pourraient être généralisées. Cette extension est demandée par tous ceux qui s'intéressent au progrès du crédit agricole.

Les articles 8 et 9 de la loi du 11 juillet 1851 pourraient être introduits, sans inconvénient, selon nous, dans la loi commune.

Art. 8. « Tous actes ayant pour objet de constituer des nantissements par voie d'engagement, de cession de récoltes, de transport ou autrement, au profit de banques coloniales, et d'établir leurs droits comme créanciers, seront enregistrés au droit fixe de deux francs. »

Art. 9. « Les receveurs de l'enregistrement tiendront registre : 1° de la transcription des actes de prêt sur cession de récoltes pendantes, dans la circonscription de leurs bureaux respectifs; 2° des déclarations et oppositions auxquelles ces actes pourront donner lieu. »

On voit par là que le législateur a organisé un moyen de rendre public l'engagement des récoltes pendantes, sans exiger qu'il y ait dessaisissement. Pourquoi conserver à cette disposition un caractère exceptionnel, tandis que sa généralisation produirait d'excellents effets? Par ce moyen, le propriétaire pourrait emprunter sur des bois non encore coupés, mais d'une échéance prochaine; acheter les animaux dont il a besoin en les engageant spécialement à son prêteur; se procurer de l'argent au moment des travaux de la moisson, en donnant pour sûreté la récolte pendante. L'agriculteur n'a pas tant de facilité à trouver du crédit pour que la loi ajoute les restrictions qu'elle crée à celles qui résultent naturellement de la position du cultivateur. Je demande qu'on lui restitue les moyens de crédit dont il a été privé artificiellement. Les conclusions que je viens de formuler ont été déjà exposées avec beaucoup de force et d'autorité par un comité composé d'agriculteurs distingués, dans un travail dont je me suis beaucoup servi. M. d'Esterno a pris une part considérable aux délibérations de ce comité, et je manquerais de justice si je ne rendais pas ici un public hommage à son intelligente initiative.

La loi exige de celui qui constitue une hypothèque la capacité nécessaire pour aliéner (art. 2124 C. Nap.). Il en résulte que des personnes ont la capacité de *s'obliger* et que cependant elles ne peuvent pas consentir une hypothèque parce qu'elles n'ont pas la capacité d'aliéner. Pourquoi celui qui a la capacité de consentir le principal n'a-t-il pas le pouvoir de constituer l'accessoire? S'il y a quelque danger à courir, c'est dans l'obligation que consiste le péril et non dans la garantie. Si l'on permet à quelqu'un de *s'obliger*, pourquoi lui interdire de consentir une hypothèque? Cette prohibition vient exclusivement de raisons abstraites qui n'ont pas une grande valeur pratique. Sans doute l'hypothèque prépare la vente à la requête des créanciers, et c'est par cette considération que le législateur a été conduit à exiger, pour la constitution d'hypothèque, la capacité nécessaire pour aliéner. Mais cette raison, purement métaphysique, est d'autant moins décisive que, dans notre droit, le créancier chirographaire peut, en obtenant un jugement, se procurer une hypothèque judiciaire générale sur tous les immeubles du débiteur. Ce qu'on ne peut pas faire directement peut donc se faire indirectement avec la plus

grande facilité. Le créancier auquel le débiteur n'aura pas pu accorder une hypothèque conventionnelle se pressera de prendre un jugement, et, pour n'avoir pas pu consentir une hypothèque spéciale, le débiteur verra tous ses immeubles grevés d'une hypothèque générale. Il aurait été plus pratique de mesurer la capacité pour hypothéquer sur la capacité, pour s'obliger que de prendre pour règle la capacité d'aliéner. La disposition de l'article 2124 n'est que le résultat de théories subtiles sur le droit réel et les démembrements de la propriété, questions tout au plus dignes de figurer parmi les controverses entre les réalistes et les nominaux. La modification que je propose a son importance; car toute extension de la capacité pour s'obliger est favorable à la liberté des conventions<sup>1</sup>.

De fréquentes attaques ont été dirigées contre les hypothèques générales, légales ou judiciaires, comme contraires au développement du crédit. Ces critiques, à mon sens, sont injustes, ou du moins excessives. Si le jugement n'emportait pas hypothèque, les créanciers stipuleraient presque toujours une hypothèque conventionnelle et l'on ne ferait pas usage de l'acte sous seing privé; il faudrait toujours employer l'acte notarié. Ce serait la mort du crédit personnel en matière civile; car la facilité de se procurer une hypothèque judiciaire à volonté fait que souvent on se contente d'un simple billet. J'accorde que l'hypothèque générale dépasse le but et qu'il suffirait de déterminer, par le jugement, les immeubles sur lesquels portera l'hypothèque. En d'autres termes, au lieu d'une hypothèque générale, on pourrait appliquer le principe de la spécialité à l'hypothèque judiciaire; mais cette observation conduit à la modification, non à la suppression de l'hypothèque judiciaire. Quant à l'hypothèque légale, le crédit n'a rien à gagner à ce qu'elle soit remplacée par une hypothèque conventionnelle dans le contrat de mariage. Si cette modification était faite, il faudrait se livrer à des vérifications nombreuses sur les con-

<sup>1</sup> Ce résultat est tellement choquant que, sans avoir égard au texte formel de l'article 2124 du Code Napoléon, des jurisconsultes soutiennent que le mineur émancipé peut constituer une hypothèque pour la sûreté des obligations qu'il contracte pour son administration. Cependant le mineur émancipé ne peut pas aliéner ses immeubles.

trats de mariage, tandis qu'aujourd'hui tout créancier est prévenu, par le fait du mariage, de l'existence de l'hypothèque légale.

Ce que les besoins du crédit réclament surtout c'est la suppression du régime dotal qui entraîne, non-seulement l'inaliénabilité du fonds dotal, mais encore l'incessibilité de l'hypothèque légale de la femme. Ce régime est contraire au crédit, à la facilité des transactions, en un mot, à ce qu'on a l'habitude de désigner par *libre circulation des biens*. Les rédacteurs du Code Napoléon avaient eu la pensée d'exclure le régime dotal et ils cédèrent, par condescendance, aux réclamations des Cours d'appel du Midi. Cette concession est d'autant plus regrettable que la jurisprudence, par respect pour l'esprit de la loi, a rendu la restriction plus grave en étendant aux meubles dotaux l'inaliénabilité que la loi n'avait expressément établie que pour les immeubles. Il en est résulté que le mari est lié par ce régime d'une manière difficile à vaincre; s'il veut aliéner ses biens pour faire le commerce, il en est empêché; s'il cherche à emprunter sur ses biens, l'hypothèque de sa femme lui ferme tout crédit. Ces inconvénients sont d'autant moins contestables que la comparaison du nord et du midi de la France donne, par les faits, la démonstration qu'il est si facile de faire *à priori*. L'industrie et la culture sont fort arriérées dans le Midi, où le régime dotal est très-répandu, tandis qu'elles ont fait de grands progrès dans le Nord, où l'on se marie presque toujours sous le régime de la communauté. Il y aurait sans doute exagération à dire que le régime dotal est la cause unique de la différence de richesse entre les deux parties de la France. Le climat, le caractère des populations et une foule de circonstances variées concourent à ce résultat; mais assurément l'influence du régime dotal a été une des causes les plus actives de l'infériorité de la culture et de l'industrie dans les départements du Midi. Il s'oppose à l'esprit d'entreprise en arrêtant la transformation de la fortune immobilière en capitaux mobiliers, et il éloigne les prêteurs par la menace d'une hypothèque à laquelle la femme ne peut pas renoncer.

Quelle nécessité y a-t-il d'affronter tous ces inconvénients? La famille est-elle moins bien constituée dans le Nord que dans le Midi? Les parents ont-ils moins de sollicitudes sur les



bords de la Seine que sur ceux de la Gironde? Le régime dotal gêne surtout les petits propriétaires qui sont condamnés à rester dans leur position médiocre par l'impossibilité de vendre ou d'emprunter. S'il n'était adopté que par les familles riches qui vivent dans l'immobilité et éloignées de toute entreprise, le mal serait sans importance; mais il opère sur toutes les classes également, et les mêmes dispositions qui conservent la fortune des familles puissantes arrête l'essor des petits propriétaires. Pour une dot qu'elle sauve, la loi empêche cinquante familles d'améliorer leur position par l'industrie et le commerce; pour une dissipation qu'elle arrête, elle empêche dix fortunes de se former. La crainte de faire violence aux habitudes du Midi a décidé le législateur à introduire le régime dotal dans le Code Napoléon. C'est, au contraire, cet usage qu'il fallait combattre parce qu'il était funeste; s'il n'avait pas été répandu, il n'y aurait pas eu d'inconvénient à permettre quelques conventions isolées; ce qui rend le régime dotal nuisible, au point de vue économique, c'est la fréquence de son emploi, et, loin d'arrêter le projet des rédacteurs du Code, l'usage des départements méridionaux aurait dû servir de raison déterminante à la suppression du régime dotal.

J'ajoute d'ailleurs qu'au point de vue moral, il n'est pas bon de développer les moyens de conserver la fortune de la femme dans la ruine du mari. Le mariage doit être une association tellement complète que la séparation des intérêts de la femme d'avec ceux du mari a un caractère choquant qui blesse la moralité publique. Est-il décent qu'à la vue des créanciers réduits à la misère, le mari vive dans le luxe grâce à la fortune de la femme, et qu'après s'être déshonoré il continue à tenir son rang dans la société parce que la femme a sauvé ses biens? Je sais qu'il est impossible d'empêcher ce résultat dans tous les cas; il n'en est pas moins vrai que le régime dotal est le moyen le plus propre à préparer ce résultat, et c'est pour cela que son abrogation serait désirable.

Mais, objecte-t-on, la liberté des conventions serait atteinte par la suppression du régime dotal; car le supprimer ce serait interdire la convention d'inaliénabilité, et il y a même, ce semble, quelque chose d'extraordinaire à demander la suppression du régime dotal dans un travail qui est fait pour soutenir le respect dû à la liberté des conventions. L'esprit général

de la loi, répondrai-je, s'oppose à toute convention ayant pour objet de stipuler l'inaliénabilité d'un bien; cette clause est réputée contraire au crédit, au progrès de l'industrie, et la loi, telle que l'interprète avec raison la jurisprudence, ne permet pas que le propriétaire use de sa liberté pour supprimer sa liberté et dispose du présent pour enchaîner son avenir. Le régime dotal est donc en contradiction avec la pensée générale de la loi, et la suppression que nous demandons ne serait qu'un retour au système général. Mais pourquoi continuerais-je à développer ce point de vue? Tout a été dit par un des membres de cette compagnie, et ceux qui ont lu la préface du *Contrat de mariage* ont certainement fait cette réflexion qu'il est impossible de rien ajouter après M. Troplong.

Le développement du crédit ne tient pas seulement à la liberté des conventions et à la suppression des entraves; il dépend aussi de l'organisation des voies d'exécution et de la rapidité avec laquelle il est possible au créancier de réaliser son gage. Or une des causes qui ont le plus contribué à retarder les progrès du crédit rural tient aux formalités compliquées de la saisie immobilière; le créancier qui veut être payé est obligé de passer par des formalités tellement nombreuses qu'il fuit les placements hypothécaires et se reporte sur les valeurs de Bourse. Cet inconvénient s'ajoute au manque d'exactitude pour le paiement des intérêts, de sorte que tout concourt à éloigner le numéraire de l'agriculture; aussi, lorsque le Crédit foncier a été fondé, un décret a-t-il créé des formalités plus simples pour les expropriations poursuivies à la requête de la Compagnie. Pourquoi ne généraliserait-on pas les dispositions qui ont été faites en faveur du Crédit foncier? Pourquoi conserverait-on à ces dispositions le caractère restreint et privilégié qu'elles ont reçu en naissant? Il me paraît difficile qu'elles ne soient pas bonnes en soi, puisque la loi les a jugées suffisamment protectrices pour des saisies importantes. A moins qu'on ne se laisse toucher par l'intérêt privé des agents de la saisie, je ne vois pas pour quelle raison on refuserait de faire le droit commun de ce qui n'est aujourd'hui que l'exception.

Des écrivains distingués, auxquels personne ne refusera l'aptitude pratique, ont réclamé l'abrogation de l'article 742 du Code de procédure qui ne permet pas la clause de *voie parée*. Il est défendu au débiteur de fixer d'avance par une con-

vention les formes qui seront employées pour la vente des biens hypothéqués. Bon gré mal gré, il faut que les débiteurs subissent les lentes et nombreuses formalités de la saisie immobilière. Pourquoi ne pas permettre aux parties majeures de fixer, comme elles l'entendent, la manière dont le gage sera vendu? Elles pourraient le vendre elles-mêmes au moment du contrat; il n'y a donc aucune raison pour leur interdire la détermination des formes qui seront suivies par une vente postérieure. La suppression de cet article serait d'autant plus désirable qu'il n'a été fait qu'en 1842 et que, jusqu'à cette époque, on avait vécu sans inconvénient sous un régime qui permettait la clause de *voie parée*. L'auteur d'un ouvrage récent sur les réformes à introduire dans le Code de procédure, M. Lavielle, nous a appris que cette clause était depuis des temps fort anciens pratiquée dans le ressort du parlement de Pau, et que jamais la moindre plainte n'avait signalé les inconvénients qui, dans ces dernières années, lui ont été attribués sans motif.

L'article 2078 interdit toute clause permettant au créancier de s'attribuer le gage sans s'adresser à la justice et le faire mettre aux enchères. Encore une restriction difficile à expliquer! car si le débiteur peut immédiatement aliéner son bien à vil prix, pourquoi ne pourrait-il pas le vendre conditionnellement en le donnant en paiement de sa dette? Remarquons en effet qu'il s'agit de meubles, et que pour les meubles il n'y a pas lieu à rescision pour lésion de plus des sept douzièmes. Que la vente à vil prix soit faite immédiatement ou sous condition, elle devrait être valable dans les deux cas. Cette remarque est d'autant plus vraie qu'il existe des établissements autorisés à prêter sur gages et à faire vendre, sans autorité de justice, les objets engagés. Les monts-de-piété ont le privilège de faire des opérations qui sont défendues aux simples particuliers. Quelle est cette morale qui oblige les uns sans astreindre les autres? Pourquoi ce qui est défendu en principe est-il, par exception, pratiqué sous la protection de l'administration? L'argent est cher au mont-de-piété, et ces établissements n'ont pas justifié par le bon marché de leurs prêts le privilège qui leur a été accordé.

L'étude des voies d'exécution m'entraînerait dans l'examen du Code de procédure, et mon projet doit se borner au Code Napoléon. Si j'ai parlé de la saisie immobilière, c'est qu'elle a

un titre important dans le Code civil<sup>1</sup>. Pour la même raison, je dirai quelques mots de la contrainte par corps, qu'il est question d'abolir aujourd'hui.

La contrainte par corps, disent ceux qui en proposent la suppression, est une voie de rigueur qui permet de frapper un débiteur malheureux plus sévèrement qu'on ne traiterait un voleur ou un escroc. Elle donne aux jeunes gens débauchés un crédit ruineux, que les fournisseurs n'accorderaient pas s'ils n'avaient pas le moyen de faire emprisonner leur débiteur à sa majorité. Par ce moyen, les familles sont obligées de payer les dettes de leurs parents, et ceux qui ne doivent pas sont obligés, par bienséance, de soustraire à la prison le débiteur qui porte leur nom. Ainsi la coaction réfléchit sur ceux qui n'ont rien à se reprocher, et, s'il faut employer une expression familière, l'emprisonnement peut devenir un moyen de *chantage*.

Tous ces défauts peuvent être reprochés à la contrainte par corps obligatoire, et, sous ce rapport, la loi aurait besoin de profondes et radicales modifications. Mais le projet de loi qui a été présenté au Corps législatif dans la dernière session ne dépasse-t-il pas le but? Pour rester dans la juste mesure, il aurait fallu supprimer la *contrainte obligatoire* et conserver la *contrainte par corps facultative*. Nous avons des rentes insaisissables et des valeurs au porteur qu'il est très-facile de dissimuler et de soustraire aux poursuites des créanciers. La contrainte corporelle est le seul moyen qui puisse forcer à faire paraître ces valeurs cachées. Pourquoi renoncer à cette coercition contre les débiteurs de mauvaise foi, qui se servent du principe de l'insaisissabilité des rentes pour frustrer les créanciers, et vivent dans le luxe, sous les yeux de leurs créanciers spoliés, avec les fruits que produit cette fortune secrète? Aucune considération ne s'élève en faveur de ces débiteurs frauduleux; ils ressemblent aux voleurs ou escrocs; leur conduite est moralement aussi répréhensible que la soustraction frauduleuse. Pourquoi renoncer à ce moyen d'agir qui permet de forcer indirectement le débiteur à montrer ce qu'il cache pour

<sup>1</sup> La réforme du Code de procédure est à l'ordre du jour. Des ouvrages distingués ont été publiés sur cette question par M. M. Lavielle, Raymond Bordeaux, Seligman, Pioget et Renard. Un ministre de la justice, que l'Académie des sciences morales et politiques compte au nombre de ses membres, M. le procureur général Delangle, a chargé une commission de préparer la révision du Code de procédure civile.

racheter la liberté de sa personne? Je suis peu touché des renseignements statistiques qui ont été présentés pour démontrer l'inutilité de la contrainte. Si elle ne saisit qu'un petit nombre de personnes, si elle a surtout frappé des fils de famille dévorés par l'usure, personne ne pourrait dire quels effets elle a produits en menaçant les débiteurs et les retenant sur la pente de la mauvaise foi. Pour juger des mérites d'une institution, il ne faut pas seulement considérer le mal qu'elle réprime, mais aussi celui qu'elle empêche préventivement. Or la contrainte par corps est propre à inspirer une crainte salutaire, et son influence est suffisante pour forcer à s'exécuter des débiteurs qui, sans cela, auraient ri des poursuites de leurs créanciers. L'appréciation des tribunaux peut être ici employée très-utilement. Qu'on leur confie le pouvoir de prononcer la contrainte par corps dans les cas où ils auront acquis la conviction que le débiteur a des ressources secrètes<sup>1</sup>. Ainsi réduite, cette voie d'exécution sur la personne échappera à toutes les objections qui lui ont été adressées : 1° elle ne frappera que le débiteur de mauvaise foi ; 2° elle n'atteindra pas la famille, qui ne se croira pas obligée d'intervenir si le débiteur a des ressources personnelles ; 3° elle ne sera pas inhumaine, puisque l'indélicatesse du contraignable mérite une véritable peine.

Je termine ici cette revue critique, qui est loin d'être complète, mais qui suffit pour démontrer la nécessité d'une révision du Code Napoléon. L'idée n'est assurément pas nouvelle, et la plupart d'entre vous ont pu entendre la lecture de quelques pages remarquables où M. Rossi a développé la même idée avec une grande élévation de pensée et de style. Son travail, qui était parfait pour les idées générales, n'entrait pas assez dans les détails. J'ai voulu prendre le côté qu'avait négligé cet homme éminent, dont je suis heureux de suivre les traces et effrayé d'avoir reçu la succession dans l'enseignement. Je partage l'admiration que Rossi a exprimée pour le Code Napoléon comme œuvre politique et sociale ; en demandant sa révision, je ne cède à aucun désir de dénigrer les institutions de mon pays ; je n'ai pas dessein de porter atteinte à l'admiration dont a joui jusqu'à présent cette œuvre, qui a été souvent imitée à

<sup>1</sup> C'est l'opinion qui a été soutenue dans un discours de rentrée devant la Cour impériale de Toulouse par M. Paul, alors premier avocat général, et aujourd'hui premier président de la Cour de Douai.

l'étranger. Convaincu que rien n'est parfait, et que les œuvres les meilleures sont perfectibles, je me suis permis une excursion critique dans le Code Napoléon, avec la confiance que personne ne trouvera extraordinaire la demande que je fais pour la loi civile d'une révision analogue à celle qui a été faite, à plusieurs reprises, de la loi pénale. L'économie politique a démontré que notre Code était trop réglementaire; qu'il restreignait souvent la liberté des conventions; qu'il limitait la propriété privée dans des circonstances trop nombreuses. Une révision facile à faire rendrait aux conventions la liberté qu'elles doivent avoir, et dont le principe a été reconnu par l'article 1134. Mettons la loi d'accord avec la science, les détails avec la règle générale. Le respect pour le Code, loin d'être atteint par ces modifications, ne peut que gagner à ce perfectionnement. L'autorité du Code pénal n'a pas été diminuée par les révisions de 1832 et 1863; il est sûr que celle du Code Napoléon sera au moins intacte, si elle n'est pas augmentée par les remaniements que votre bienveillance m'a permis d'exposer, et que je réclame de ceux qui ont l'initiative des lois. J'ose espérer que vous prêterez à mes réclamations l'autorité de vos noms et le concours de votre institution; car vous pourriez provoquer sur cette question quelque travail spécial où serait approfondi et complété le programme que je n'ai pu qu'effleurer.

BATBIE.

---

## DE L'ORGANISATION DES FACULTÉS DE DROIT.

Par M. Sévin, conseiller à la Cour impériale de Paris<sup>1</sup>.

### *Des Professeurs.*

Depuis que le titre de *docteur* ne donne plus, comme au moyen âge, le droit de professer et d'enseigner, le mode de

<sup>1</sup> Plusieurs journaux ont discuté une idée, émise par M. Guizot dans ses Mémoires, sur le régime et la discipline des étudiants.

M. Sévin veut bien nous communiquer deux chapitres inédits d'un mémoire qui a obtenu une médaille de l'Académie des sciences morales et politiques, dans le concours ouvert sur l'enseignement administratif.

Ces chapitres traitent de l'organisation des Facultés de droit : CHAP. 5, *des Professeurs*; CHAP. 6, *des Étudiants*. — Nous réservons notre jugement sur les questions délicates que remue l'honorable et savant magistrat; mais ses opinions sont de celles qui doivent toujours être mûrement pesées.

(Note de la Rédaction.)

recrutement des professeurs en droit a toujours été le concours, c'est-à-dire un ensemble d'épreuves desquelles on induisait la capacité et l'aptitude du candidat, par comparaison avec ses concurrents. L'ordonnance de Moulins (mars 1566) en contenait une disposition expresse :

« Afin qu'à l'avenir l'état de nos professeurs ne soit baillé  
 « qu'aux plus doctes et capables, nous avons ordonné qu'advan-  
 « nant la vacation d'aucune place de nos professeurs en quelque  
 « science et langue que ce soit, on le fera à savoir par toutes  
 « les Universités fameuses et autres lieux, et que ceux qui se  
 « voudront présenter et soumettre à la dispute et lecture de  
 « la profession vacante, ainsi qu'il leur sera proposé par le  
 « doyen et les autres professeurs, y seront reçus, pour après  
 « être choisi par nous le plus suffisant et capable de ceux qui  
 « auront lu et disputé, dont nous serons averti par le doyen  
 « et autres professeurs, et par nous pourvu ainsi qu'il appar-  
 « tiendra et sans préjudice à l'arrêt de notre Cour pour le regard  
 « de celui qui doit être examiné. »

Même disposition dans l'ordonnance de Blois (mai 1579) et dans la déclaration du roi du 6 août 1682, art. 19.

La loi de l'an XII admit aussi le principe du concours pour la nomination des professeurs et des suppléants : seulement il y eut exception pour la première nomination aux chaires qui seraient nouvellement créées. On organisa des jurys chargés de juger les concours : ils ne furent plus uniquement composés des professeurs de la Faculté, qui durent y rester en majorité toutefois.

Après un certain temps, les réclamations, les protestations arrivèrent contre l'institution des concours.

Les uns se bornèrent à critiquer les formes, les conditions, les règlements des concours ; d'autres s'attaquèrent au concours en lui-même. Ces derniers, plus logiciens peut-être, disaient que, si l'on désapprouvait tout dans les concours, la nature, le nombre et le mode des épreuves, si l'on affirmait, avec M. Bravard-Veyrières par exemple<sup>1</sup>, que les juges d'un concours étaient dans l'impossibilité à peu près absolue d'apprécier sûrement le mérite des concurrents, que la première épreuve, celle d'élimination, pouvait conduire à exclure les

<sup>1</sup> Brochure publiée en 1846.

candidats les plus compétents et les plus recommandables ; que la seconde, ou l'argumentation, ne prouvait rien, le débat circonscrit dans d'étroites limites roulant invariablement dans le même cercle et se traînant de redites en redites ; que la troisième épreuve, la leçon, réduisait trop souvent l'homme capable à l'impossibilité de montrer sa supériorité ; que la quatrième, la composition écrite, était, de toutes, celle où le hasard a le plus de part ; si tout cela était vrai, que restait-il du concours, et ne fallait-il pas chercher un autre procédé pour découvrir la capacité et l'aptitude des concurrents ?

Les critiques radicaux de l'institution des concours, MM. Wowski, Laboulaye, etc..., s'appuyaient sur l'opinion des savants les plus illustres de l'Allemagne, MM. de Savigny, Hommer, Rudorff, Warnkœnig, Mittermayer, pour condamner, comme une chose puérile et nuisible au progrès des fortes études, cette espèce de tournoi scientifique. Par ce système, disaient-ils, on écarte les hommes les plus éminents, ceux qui, connus par de grands travaux ou des succès, même dans l'enseignement, ne voudront pas commettre leur vieille réputation aux hasards d'une lutte où ils pourraient succomber malgré leur mérite. On indiquait, comme bien préférable, la nomination directe par l'autorité supérieure, sur la présentation des corps savants, comme cela se pratique, en France, pour les professeurs du Collège de France, des Facultés des sciences et des lettres, de l'École polytechnique, et, en Allemagne, pour les professeurs de droit, qui sont ordinairement choisis, sur la présentation de la Faculté, parmi des hommes déjà éprouvés comme agrégés ou professeurs libres. Dans ce dernier pays même, il n'est pas rare de voir appeler au professorat un magistrat ou un écrivain ; et, si le candidat n'est pas docteur, la Faculté a le droit de lui décerner un diplôme, *honoris causâ*.

Ces idées parurent réunir la majorité dans l'opinion publique ; et malgré la résistance d'un bon nombre de professeurs, pour qui il était peu flatteur d'entendre critiquer ainsi le système qui les avait fait arriver à leurs chaires, le projet de loi présenté en 1847 à la Chambre des pairs, tout en maintenant en apparence l'institution des concours, les condamnait en réalité par les nombreuses exceptions qui étaient admises. Ainsi, pour les chaires de droit naturel, de droit administratif, de



droit constitutionnel, d'économie politique et d'histoire du droit, le concours était aboli, et les professeurs étaient nommés sur la présentation, en province, de deux candidats par la Faculté de droit et deux par le conseil académique; à Paris, en outre, l'Académie des sciences morales et politiques désignait aussi deux candidats. Quant aux chaires d'ancienne formation, pour lesquelles le concours était nominalement conservé, le ministre pouvait nommer, en dehors de tout concours et de toute présentation, soit un membre de l'Institut, soit, à Paris, un professeur des Facultés de province, soit, en province, des professeurs du même ordre, par présentation ou autrement.

A la Chambre des pairs, la discussion amena un changement plus radical : après deux discours de MM. Thénard et Cousin, le concours pour les chaires de professeurs fut complètement supprimé.

Il l'a été aussi par le décret du 9 mars 1852, d'après lequel (Art. 1<sup>er</sup>) : Le président de la République, sur la proposition du ministre de l'instruction publique, nomme et révoque les professeurs des Facultés. — (Art. 2.) Le ministre propose un candidat choisi, soit parmi les docteurs âgés de trente ans au moins, soit sur une double liste de présentation qui est nécessairement demandée à la Faculté où la vacance se produit, et au conseil académique... Le ministre peut *en outre* proposer un candidat désigné par ses travaux.

Ceux qui avaient demandé l'abolition des concours se plaindraient peut-être aujourd'hui d'avoir été trop bien servis.

Ce qu'ils voulaient, en effet, substituer au concours, c'était un mode de présentation donnant plus de garanties que le concours : pour eux, la présentation des corps savants était une condition obligée, un cercle dans lequel devait se renfermer l'action du pouvoir; ils n'entendaient pas, sans doute, porter atteinte à l'inamovibilité des professeurs, que le décret supprime (*nomme et révoque*); ils n'entendaient pas livrer le choix à la volonté d'un ministre; et c'est ce que fait le décret en demandant des listes de présentation, pour n'y avoir aucun égard si bon lui semble. Évidemment, si des docteurs en droit âgés de trente ans, si des hommes connus par leurs travaux sont propres à occuper une chaire vacante, ils ne manqueront pas d'être portés sur une des listes de candidature demandées

à plusieurs corps savants, si ces corps savants sont eux-mêmes bien choisis pour la fonction qu'on leur défère.

C'est à quoi l'on s'était étudié en 1847. A la double liste de présentation exigée par le projet de loi, M. Wolowski proposait d'en substituer une triple. De la nomenclature du projet, il faisait disparaître le conseil académique, et y ajoutait : 1° l'Académie des sciences morales et politiques; 2° la commission des hautes études du droit; et, si cette commission n'était pas définitivement organisée, la troisième liste de présentation pourrait être déléguée, à Paris, à la Cour de cassation, et, dans les départements, aux Cours royales.

Qu'on étudie ces différentes combinaisons; que l'on s'aide encore, si l'on veut, du corps des inspecteurs généraux des Facultés de droit, dans le cas où l'on jugerait à propos de le rétablir tel qu'il fut créé en l'an XII, et l'on arrivera facilement à organiser un système meilleur que celui des concours, sans tomber dans l'arbitraire ministériel pur, tel que l'a admis le décret de 1852. La date de ce décret en explique sans doute les dispositions; mais nous ne pensons pas que le gouvernement impérial tienne à conserver un pouvoir dont il n'a jamais eu l'occasion d'user, et ne se contente pas des mesures préparées dans l'intérêt de la science et des bonnes études, par tous les hommes éminents qui depuis quarante ans ont été préposés à la direction de l'instruction publique.

Dans tous les projets qui tendaient à la suppression des concours, il était entendu que cette institution serait maintenue pour la formation d'un corps d'*agrégés*, dont les fonctions consisteraient, soit à suppléer les professeurs, soit à les aider dans leur enseignement.

C'est ce qu'avait déjà voulu la déclaration du roi de 1682 : « Et pour assurer d'avantage l'exécution de notre édit (d'avril 1679), nous aurions ordonné qu'il serait ajouté, dans toutes les dites Universités, aux professeurs de droit, un nombre suffisant d'*agrégés*, lesquels assisteraient avec lesdits professeurs aux examens, aux thèses, aux réceptions des aspirants et autres assemblées et fonctions des dites Facultés. » (Suivait le règlement sur cette institution.)

On citait, comme exemples à suivre, ou le corps d'*agrégés* établi dans la Faculté de médecine, dans celles des sciences et des lettres, ou même, l'institution des *privat docentium* des

Universités allemandes, qui ne sont pas, comme on pourrait le croire, des professeurs absolument libres, mais qui n'ont obtenu leur titre qu'à la suite d'épreuves solides et sérieuses.

Il y aurait, disait-on, toute une révolution dans un mot, dans la substitution des *agrégés* aux *suppléants*. Le suppléant, s'il n'y a point de professeur absent ou malade, passera de longues années sans avoir occasion de se produire : ce moment arrivé, le hasard lui donnera un enseignement qui peut-être ne lui conviendra pas. On a essayé d'ouvrir le professorat aux suppléants, en leur permettant de faire des cours qui n'auraient porté que sur les matières non obligatoires et dédaignées par les professeurs; cela ne pouvait réussir. Il faut que les agrégés, véritables professeurs, aient le droit d'enseigner en concurrence avec les titulaires; et, dès ce jour, une vie nouvelle anime toutes les Facultés; dès ce jour aussi, le gouvernement possède dans le zèle et l'assiduité des élèves un thermomètre exact du mérite de chacun; il a des candidats tout prêts, tout éprouvés pour les chaires vacantes<sup>1</sup>... Et l'on citait les *privat docenten* qui professaient le droit romain à côté de M. de Savigny, la philosophie auprès de Kant et de Schelling, la chimie à côté de Liebig. On aurait pu citer les cours de l'école pratique de la Faculté de médecine de Paris, faits par des agrégés ou même par de simples docteurs, en face et en concurrence de l'enseignement officiel.

Le projet de loi présenté en 1847 donnait satisfaction à presque toutes ces demandes de réformes. Dans ce projet, les suppléants étaient remplacés par des agrégés, dont le nombre, à fixer par le conseil royal de l'Université, pouvait être porté jusqu'à égaler celui des professeurs titulaires. Les agrégés étaient appelés, non-seulement à exercer la suppléance et à assister aux examens, mais encore à donner des répétitions gratuites et officielles, à faire des cours supplémentaires : on comptait même les employer au dédoublement des chaires, ce que M. Laboulaye se pressait peut-être un peu trop de traduire par ces mots : enseigner en concurrence avec les titulaires.

Mais, comme nous l'avons dit, le projet de 1847 se borna à un commencement de discussion à la Chambre des pairs, et, depuis les événements qui interrompirent cette discussion, il

<sup>1</sup> M. Laboulaye, *Revue de législation*, 1845, t. III, p. 353.

n'a été pris que des mesures bien moins larges que celles proposées par M. de Salvandy. Lorsqu'en 1852 la nomination directe des professeurs titulaires fut attribuée au chef de l'État, on laissa en dehors les professeurs suppléants, et, par des règlements postérieurs, on leur donna le nom d'agrégés, mais sans augmenter leur nombre et leurs attributions. On institua en 1854, non pas des répétitions gratuites et officielles, mais des conférences rétribuées, qui ne paraissent pas avoir obtenu un grand succès pratique, car on a été obligé d'en baisser le prix par un décret du 18 mars 1859; c'est le dernier document officiel sur la matière.

Il nous semble utile, nécessaire, indispensable, de revenir au projet de 1847, d'organiser fortement un corps nombreux d'agrégés, qui ne sera pas seulement une pépinière de candidats pour les chaires de professeurs, mais qui rendra, dès le principe de son établissement, les plus grands, les plus importants services.

Que l'on conserve, pour l'agrégation, le mode populaire du concours : il n'aura pas les inconvénients qu'on avait relevés à bon droit, quand on l'appliquait aux chaires de professeurs. On ne craindra plus d'écarter du professorat les sujets les plus capables qui auraient fait leurs preuves en dehors de l'école; car le concours ne sera pas le seul moyen d'y parvenir : on ne craindra plus d'éliminer, au moyen d'épreuves générales, ceux qu'une aptitude spéciale aurait désignés pour une chaire déterminée; car, ne s'appliquant pas à un enseignement spécial, le concours d'agrégation devra porter sur toutes les parties de l'enseignement du droit, sans distinction et sans préférence. Le règlement des concours sera donc plus facile à rédiger que tous ceux qu'on avait essayés jusqu'à 1847, et qui avaient peine à satisfaire aux conditions de spécialité alors exigées. Ce qu'on devra demander surtout aux concurrents, ce sera des compositions écrites, des leçons orales; et si l'on voulait conserver le vieux mode d'argumentation et de dispute que nous a légué la scolastique, on devrait le transformer en une sorte de conférence dont les modèles existent dans d'autres ordres de l'enseignement, et d'où l'on écarterait les subtilités, les attaques, l'aigreur, qui ne doivent pas trouver place dans les épreuves scientifiques.

Faudra-t-il donner à nos *agrégés* cette liberté complète d'en-

seignement qu'on nous recommande par imitation de l'Allemagne? Faudra-t-il leur permettre cette concurrence aux professeurs titulaires, que M. Laboulaye avait cru voir écrite dans le projet de loi de 1847? Nous n'oserions le conseiller.

Liberté du professeur, liberté de l'étudiant, tel est le système allemand, contre lequel nous avons déjà exprimé nos défiances. N'oublions pas, qu'en France, l'Université c'est l'*État enseignant*, l'État sachant et voulant ce que la jeunesse doit apprendre pour être propre aux fonctions publiques et quasi-publiques dont l'exercice importe tant à l'intérêt social; l'État ayant, par conséquent, le droit et le devoir de tracer un programme et d'y tenir la main. Il existe, mais en dehors de l'Université, des chaires libres où peuvent se produire les idées nouvelles, les hardiesses de science et de théorie. Dans l'enseignement officiel, il faut de l'ordre et de l'ensemble : il faut la certitude que la nourriture intellectuelle sera donnée avec mesure, sagesse et prudence; et lorsqu'il s'agit surtout de la science des droits et des devoirs, lorsqu'il s'agit de former la jeunesse à la pratique de la vie sociale et aux vertus publiques, il ne faut pas que la direction soit laissée flottante et capricieuse au gré des inspirations individuelles; il ne faut pas que par l'attrait de certaines nouveautés, dangereuses ou seulement séduisantes, la jeunesse soit attirée à concevoir des doutes sur les vérités fondamentales qui doivent diriger sa conduite et servir de règle à ses actions. Ces nécessités apparaissent plus frappantes encore, si on les applique aux enseignements nouveaux qu'il s'agit d'ajouter au vieux fonds des études juridiques.

Permettre à un jeune agrégé de se poser en concurrence de son savant et respectable maître, de lui enlever ses élèves par l'attrait d'un enseignement plus brillant peut-être, mais moins solide; contrister ainsi une vieillesse honorable, laisser aux étudiants la mission de distinguer les mérites de leurs professeurs, de délaisser celui-ci, de préférer celui-là, au gré de leur caprice ou de leurs passions<sup>1</sup>, ce serait, il nous semble, un triste apprentissage des sciences morales et politiques.

<sup>1</sup> A une époque déjà éloignée, le cours de droit commercial n'était pas de rigueur : on pouvait le suivre, ou le remplacer par un autre. Mais il y avait foule pour s'inscrire au cours de M. Pardessus : *M. Pardessus ne faisait jamais d'appel.*

Nous croyons que le projet de loi de 1847 avait assez fait en autorisant, au profit des agrégés, non pas la libre concurrence avec les professeurs, mais le dédoublement des chaires, lorsqu'il serait reconnu, par exemple, qu'un professeur, chargé de plusieurs centaines d'élèves, aurait besoin d'être aidé, soulagé dans son enseignement. C'est alors, en réalité, une nouvelle chaire qui est créée, mais dans les conditions normales et réglementaires : qu'on la donne à un agrégé qui a fait ses preuves, rien de mieux. Mais la fonction principale des agrégés devra être de concourir, dans un rang inférieur, à l'enseignement que donnent les professeurs titulaires; qu'ils les suppléent et les assistent, cela va sans dire; mais qu'ils soient appelés aussi à compléter les leçons par des répétitions, par des conférences, par la surveillance des travaux qui devront être imposés aux élèves, voilà où nous voyons l'emploi le plus profitable de ce personnel nombreux, jeune, zélé, que nous offre l'agrégation.

Que si ce complément des leçons doit être gratuit pour les élèves, il ne le sera pas pour les agrégés. Dans l'ancienne Université, les bacheliers, ceux de première classe surtout, et qu'on appelait *legentes de manè*, faisaient des leçons ou lectures sur les sujets que leur désignait le docteur ou professeur : c'étaient en quelque sorte des répétitions pour lesquelles, outre des privilèges honorifiques, ils percevaient des rétributions pécuniaires.

Il existe ainsi, dans la Faculté de médecine, un assez grand nombre de fonctions minimales, modestement rétribuées, qui viennent en aide aux étudiants peu fortunés, qui souvent sont aussi les plus studieux : ils deviennent successivement élèves externes, puis internes, dans les hôpitaux, aides et chefs de travaux anatomiques, ou de cliniques, prosecteurs, médecins et chirurgiens des hôpitaux, surnuméraires d'abord et ensuite titulaires, agrégés stagiaires, agrégés en exercice : tous ces postes sont donnés au concours : comme préparation à l'enseignement, ils font des cours ou des répétitions; mais ces cours, comme l'indique leur nom (école pratique), envisagent la science à un point de vue différent de celui des professeurs de la Faculté. Un tel exemple est bon à suivre; et l'honorable M. Dumas en faisait sentir le mérite, lorsqu'il disait dans son rapport du 17 juillet 1849 :

« Quel avantage que celui qui consisterait à entourer les

« Facultés de droit de jeunes docteurs venant s'y fortifier par  
 « de plus longues études, et qui, dans l'exercice de leurs fon-  
 « tions de répétiteur, trouveraient à la fois l'occasion de  
 « s'exercer au professorat, celle de se faire connaître de leurs  
 « maîtres et des élèves; enfin la jouissance d'un petit trai-  
 « tement! »

Voilà comment nous comprenons la liberté des professeurs. Quant à celle des élèves; nous croyons qu'il ne faut y toucher que pour la restreindre; et non pour l'étendre, voulant y substituer au contraire la salutaire nécessité du travail.

#### *Des Étudiants.*

En Allemagne, le principe admis ou réclamé est celui de la liberté la plus entière accordée aux étudiants. Ils choisissent leurs professeurs, *et les payent*. Il leur serait même loisible, selon M. Warnkœnig, de ne suivre aucun cours; d'étudier comme il leur conviendrait, même à l'étranger; et, pourvu qu'ils fussent capables de se présenter à l'unique examen qui doit terminer l'enseignement, personne ne leur demanderait où et comment ils ont acquis leur science. Tout au plus pourrait-on exiger une année d'assiduité dans une Faculté déterminée.

Peut-être a-t-on trouvé le moyen d'inspirer aux étudiants allemands une telle passion pour la science qu'il ne leur vienne pas à l'idée d'abuser de la liberté qu'on leur laisse. Mais nous ne croyons pas calomnier notre pays, en affirmant qu'un tel système serait, en France, la source des périls les plus graves. Les hommes d'expérience et d'autorité qui s'occupent du développement moral et intellectuel de la jeunesse ne parlent pas de liberté, mais de discipline; et leur préoccupation n'est pas de respecter l'indépendance individuelle des jeunes têtes de dix-huit ans, mais bien de les soumettre à une direction salutaire, à des règles fixes qui assujettissent leurs volontés irréflechies et leurs penchants aveugles.

Un des membres les plus éminents de l'Université exprimait, il y a quelques années, ses craintes prévoyantes. Il signalait, comme l'écueil de toute éducation, l'émancipation prématurée de la jeunesse, à raison des loisirs à la fois stériles et corrupteurs qu'elle lui crée. Confident des alarmes des familles,

associé à ces alarmes par sa mission, magistrat, citoyen, il déplorait la position faite au jeune écolier passant tout d'un coup, de la forte discipline du collège qui l'enveloppait comme une armure, à une indépendance sans limites; livré, sans autre défense que ses bons instincts et le souvenir d'un passé qui s'efface en s'éloignant, à des séductions de toute nature; obligé seulement à prêter aux leçons d'un cours public une oreille plus ou moins attentive, à se présenter aux épreuves réglementaires avec quelque confiance dans la violence tardive faite à sa mémoire; se bornant à observer strictement les prescriptions du programme officiel auquel est subordonnée l'obtention d'un grade; et l'honorable recteur de l'Académie de Toulouse concluait que la science d'expédients, ainsi recueillie à la hâte sous la pression d'une nécessité à heure fixe, ne survit guère à la circonstance qui en a réclamé l'application<sup>1</sup>.

Mais ce n'est pas seulement sous le rapport scientifique qu'il faut déplorer ce résultat. A part le petit nombre de jeunes gens qui ont le bonheur de terminer leurs études sous l'œil vigilant de la famille, quelles sont, quelles peuvent être, pour la vie morale et pour l'avenir de la jeunesse, les conséquences de cette indépendance fatale?

« L'écolier devenu étudiant respire à pleine poitrine cet air  
 « de liberté qui l'enivre; doué toutefois d'un naturel timide et  
 « honnête, retenu par son éducation sous le joug du devoir,  
 « il hésite à prendre possession de ce monde nouveau dont le  
 « prestige l'effraye en même temps qu'il l'attire; il demande à  
 « l'étude de le protéger contre la fascination des dangers qu'il  
 « entrevoit. Tentative vaine! Sa porte est assiégée par ces  
 « faciles amitiés qui se dénouent en aussi peu de temps qu'elles  
 « se forment, détournant au profit de leur inquiète oisiveté ses  
 « heures de solitude et de travail. Comment échappera-t-il à  
 « cette obsession tyranniquement affectueuse, à des confidences  
 « qui sont pour lui des révélations, à ce cynisme des entretiens  
 « contre lequel protestent en secret tous les pudiques instincts  
 « de l'âme, où la jactance du vice en délaye le poison, où un  
 « scepticisme railleur s'attaque tout ensemble à la virginité  
 « des sentiments et à la sainte autorité des croyances? Enlacé  
 « dans une sorte de réseau de corruption, le jeune adepte de

<sup>1</sup> Discours prononcé le 16 novembre 1857, par M. Rocher, conseiller honoraire à la Cour de cassation, recteur de l'Académie de Toulouse.



« cette science du mal prélude à de plus graves écarts par des  
 « habitudes ennemies de toute gêne, s'acclimate dans une  
 « atmosphère de bruit et de fumée, dissipe ses journées dans  
 « des amusements frivoles qui le placent sur la pente des jouis-  
 « sances coupables. Et quand le soir il se retrouve en face de  
 « lui-même, tout étourdi encore de cette agitation dans le vide,  
 « les sens émus d'un trouble qu'il ne connaissait pas, où pui-  
 « sera-t-il la force de préférer aux éblouissements du dehors  
 « les murailles nues de sa cellule d'étudiant, la clarté voilée  
 « de sa lampe, l'austérité de ces heures où tout se tait autour  
 « de la pensée qui veille?

« Avec sa pureté, l'âme perd sa vigueur; à la longue, le sens  
 « moral s'oblitére : il semble que le tumulte du monde ne per-  
 « mette pas à la conscience de se faire entendre de près, ou si  
 « parfois elle se révolte contre les égarements dont elle n'a  
 « pas su nous défendre, les remords tardifs qu'elle soulève  
 « s'émeussent par leur impuissance<sup>1</sup>... »

A ces dangers, à ces tentations, quel sera le remède? Le travail.

Car nous ne saurions nous contenter de certaines mesures de police extérieure qui ont été essayées tant en France que dans les pays voisins.

L'Université de Londres, dans ses statuts de 1827, a pris quelques précautions en ce qui concerne la conduite des étudiants en dehors des cours. Elle n'accorde son attaché aux personnes tenant des pensionnaires, ou aux répétiteurs, qu'autant qu'ils lui paraissent dignes de confiance. Elle exige d'eux des habitudes régulières et morales; ils ne doivent pas souffrir que les élèves rentrent à des heures indues, ou mènent une vie licencieuse; ils doivent même leur imposer l'assiduité aux exercices réguliers d'un culte quelconque; ils doivent rendre compte à l'administration universitaire de tout dérangement notable de conduite ou de santé; ils ne doivent recevoir aucun autre pensionnaire que les étudiants de l'Université...

En Piémont, on prescrit des précautions analogues. — L'étudiant n'est admis à prendre sa première inscription qu'en présentant, indépendamment des pièces relatives à ses études et à sa conduite, la déclaration de l'un des préfets des élèves

<sup>1</sup> Même discours.

constatant qu'il demeure chez ses père et mère, ascendants ou oncles, ou dans une pension approuvée, ou bien auprès de tout autre parent ou ami de la famille, avec le consentement de ses père et mère, ou des personnes qui les remplacent, et avec l'approbation de ce même préfet. La volonté des père et mère ne pourra même avoir d'effet si, dans la maison choisie, il y avait déjà un autre étudiant, ou si l'on y recevait en pension d'autres personnes <sup>1</sup>.

En France, à la suite de quelques troubles où avaient figuré des étudiants, une ordonnance royale du 5 juillet 1820 se borna à imposer la formalité illusoire des *correspondants*. La même ordonnance ajoutait à la sévérité des peines disciplinaires, et enjoignait aux professeurs de faire au moins deux appels par mois. Mais les prétendus correspondants des familles furent souvent le concierge, le tailleur ou le bottier de l'élève; mais les appels, qui n'auraient attesté que la présence corporelle de l'étudiant à une heure de leçon par jour, n'atteignaient même pas ce but. Après l'appel, un mouvement presque général se manifestait vers les portes, et plus d'un professeur, peu soucieux de participer à la police universitaire, se contentait de dire : *Attendons que les paresseux soient sortis, nous travaillerons ensuite.*

Nous savons qu'il est bon nombre de jeunes gens à qui ne pourraient s'appliquer nos craintes et nos réflexions. S'il y a des paresseux, il y a aussi des travailleurs, et leur mérite est d'autant plus grand que rien n'a été prévu en dehors de l'heure rapide des cours, pour les diriger dans leurs travaux. Quelques-uns échappent à l'oisiveté en s'occupant dans des études d'avoué ou de notaire; d'autres prennent des répétiteurs, soit à l'école, soit au dehors. Mais si la cléricature est une bonne chose comme préparation pratique à la connaissance des affaires, il arrivera souvent que l'étude fera négliger l'école, ou réciproquement. Quant aux répétitions, il faut en sentir le besoin, il faut les payer, il faut avoir le courage de rechercher un travail qui n'est pas commandé, et la vertu de fuir les plaisirs faciles, si séduisants à l'âge de vingt ans!

Comment, dans une époque si féconde en spéculations de toute nature, ne s'en est-il pas formé dans le but si moral de

<sup>1</sup> Manifeste du magistrat de la réforme des études, du 15 mai 1847.

soustraire les jeunes gens aux périls d'une liberté prématurée, dans le but d'offrir aux familles des garanties précieuses d'assiduité, de travail et de bonne conduite? Peut-être n'attend-on, pour réaliser cette salubre institution, que l'organisation, auprès des Facultés de droit, d'un système de travaux et d'études qui puisse occuper d'une manière régulière, uniforme, les heures si longues qui séparent les leçons des professeurs. Ce besoin d'ordre et de discipline a été si bien senti que l'on a été jusqu'à se demander si les écoles de droit ne devaient pas, comme tant d'autres établissements, universitaires et autres, être soumis au régime de l'internat, sauf à admettre des externes à participer aux travaux intérieurs; et des exemples nombreux pouvaient engager à tenter l'expérience.

Craindrait-on de surcharger les élèves, et leur imposer des travaux excessifs, eux qui viennent de supporter la discipline sévère des lycées, de recevoir quatre heures de leçons par jour, et de consacrer à l'étude tout le reste de leur journée, sauf quelques courtes récréations? Un régime analogue n'est-il pas admis dans tous les établissements où l'on veut sérieusement travailler? L'École polytechnique, composée d'abord d'externes, a été bientôt casernée. L'École des mines, celle des ponts et chaussées, sont des pensionnats, et reçoivent par exception des externes; l'École de commerce, fondée par Blanqui, ne reçoit que des internes. Mais il n'est pas besoin d'aller jusque-là.

Cette question de l'internat a été discutée au sein même de l'Académie, à l'occasion de l'ouvrage de M. Paul Bernard, couronné à la suite du concours sur la puissance paternelle. L'honorable rapporteur, M. Adolphe Garnier, en proposant ses objections contre l'internat, indiquait aux familles le placement des élèves dans des maisons particulières, dont les chefs arrêteraient, de concert avec les parents, le degré de surveillance nécessaire, afin de ménager aux jeunes gens le passage de la vie surveillée à la complète indépendance qui, tôt ou tard, doit leur appartenir.

A ces idées si sages, nous n'ajoutons qu'un complément : la nécessité et l'organisation du travail.

Une expérience a été faite, c'est celle de l'École d'administration, où l'on a vu des jeunes gens se soumettre à un règlement qui les astreignait à onze heures de travail par jour. De

là, le savant rapporteur de la loi de 1849, M. Dumas, concluait que les écoles d'externes se prêteraient, aussi bien que les écoles casernées, à un système obligatoire de répétitions, de conférences, d'examens fréquents, qui tiendraient les étudiants assidus au travail, leur assureraient le fruit des leçons des professeurs, faciliteraient leur classement par ordre de mérite, et diminueraient d'autant l'ennui des épreuves finales. « Les pères de famille, disait M. Dumas, béniront le ministre qui aura su organiser ce système de surveillance des études. »

Voilà pourquoi nous demandons un grand nombre d'agrégés; voilà pourquoi nous avons cité, comme exemple à suivre, ce qui se fait dans les Facultés de médecine, où l'on voit, non-seulement les agrégés, mais encore les simples docteurs, mais encore les plus laborieux des élèves, coopérer à l'enseignement par des fonctions utiles et modestes. Voilà pourquoi nous avons rappelé les usages de l'ancienne Université, admettant les licenciés, les bacheliers à faire des lectures, des leçons aux étudiants de la Faculté de droit.

Après avoir dit ce que devraient être, à notre avis, les professeurs et les élèves, il nous reste à les mettre en rapport les uns avec les autres, à rechercher les bases de l'enseignement du droit.

SÉVIN.

## BIBLIOGRAPHIE.

### ŒUVRES POSTHUMES DE M. ALEXIS DE TOCQUEVILLE.

Compte rendu par M. A. BERTAULD,  
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

La philosophie du droit public a un grand profit à tirer de la publication des travaux posthumes de M. de Tocqueville. Les problèmes qu'elle agite aujourd'hui avec le plus d'ardeur ont été presque tous, sinon résolus, sinon même développés, au moins abordés dans les précieux fragments que les soins d'une pieuse amitié livrent à nos méditations.

Nous n'avons pas toujours, nous n'avons pas même le plus souvent, dans toute sa plénitude et avec le cortège de tous ses aperçus, la pensée finale; la conclusion est plutôt indiquée qu'achevée, et il n'y a guère que des jalons pour montrer la

route qui y conduit ; le lecteur assiste à la conception ; il est initié, en quelque sorte associé à la tâche de l'écrivain, et poursuit sous sa direction la vérité.

Il n'y a point cependant partout des lacunes à combler, des degrés et des distances à franchir ; plusieurs chapitres destinés au livre qui devait faire suite à l'*Ancien régime et la Révolution* sont plus qu'à l'état d'ébauches : s'ils n'ont pas les caractères d'une rédaction absolument définitive, ils sont déjà, comme style et comme enchaînement d'idées, d'un tissu si serré qu'ils rappellent Montesquieu, dont, pour le fond et pour la forme, M. de Tocqueville continue la tradition.

Mais, je le confesse, le principal attrait des nouveaux volumes est pour moi dans les *Notes de voyages* ; c'est là que je saisis le mieux la vraie physionomie de l'auteur, ses tendances, ses habitudes d'esprit, ses préoccupations, son originalité ; j'ai la spontanéité, le premier jet de l'impression contemporaine de la première vue, de l'impression qu'a subie et non cherchée l'intelligence. La réflexion n'a pas encore eu le temps d'agencer, de systématiser son œuvre. Il y a de l'incomplet, du tâtonnement, de l'hésitation, de la contradiction parfois, dans l'observation. Tout cela est pour moi une garantie de cette bonne foi que la longue méditation, le souci de la composition et le besoin d'unité altèrent toujours plus ou moins, sans qu'il le veuille et sans même qu'il en ait conscience, chez l'écrivain le plus dévoué au culte du vrai. Qu'importe que l'art ait perdu, si la vérité a gagné à la hâte d'une formule improvisée et provisoire, encouragée par la promesse du huis clos ? La simplicité et le négligé de la toilette n'excluent pas l'élégance.

Je trouve aussi beaucoup de charme dans la *Correspondance* de M. de Tocqueville ; des lettres qui, pour le plus grand nombre, sont adressées en France à MM. Royer-Collard, Molé, de Rémusat, Duvergier de Hauranne, de Corcelle, de Montalembert, Gustave de Beaumont, Odilon Barrot, Dufaure, Frélon, J. Ampère, Léon Faucher, etc. ; — en Angleterre, à MM. Senior, John Stuart Mill, George Cornwall Lewis, Henry Reeve, N. W. Senior, James Stephen, ne peuvent manquer d'exciter une vive curiosité ; mais, sauf l'exception faite pour MM. Royer-Collard et Molé, nous n'avons pas les lettres des correspondants de M. de Tocqueville. C'est pour les lecteurs une véri-

table privation, dont ils s'expliquent les causes sans que pour cela ils éprouvent moins de regrets. Puis, dans les lettres mêmes de M. de Tocqueville, il y a des lacunes résultant des suppressions que d'impérieux motifs de convenance ont dû commander : l'idée a subi des mutilations, et ce n'est pas sans quelque impatience qu'on regarde les points qui remplacent les lignes absentes. Toutefois, la lecture de cette correspondance, même dans son état actuel, est une source abondante de profit et de plaisir.

Je me propose de choisir, parmi les nombreuses questions de philosophie du droit public que M. de Tocqueville a soulevées dans ses *Fragments* et spécialement dans ses *Notes de voyage*, celles qui offrent en ce moment le plus d'à-propos et le plus d'intérêt.

I. Depuis bien des siècles, et encore dans la première moitié du nôtre, on a beaucoup débattu la thèse, je ne dis point oiseuse, mais moins féconde en conséquences pratiques qu'on n'a paru le croire, de l'origine divine ou contractuelle du pouvoir social; cette thèse est maintenant et comme d'un commun accord délaissée, soit qu'on la tienne pour suffisamment élucidée, soit qu'on reconnaisse qu'elle n'a pas l'importance que nos devanciers y ont si longtemps attachée.

C'est la thèse des limites du pouvoir, qui à bien juste titre s'est emparée de l'attention, en Allemagne, en Angleterre, en France. Mais la question des limites est primée, dominée peut-être par une question sur laquelle on ne trouve, dans les publicistes des divers âges, que des notions inexactes ou au moins troublées et confuses.

Je sais bien que la question des limites implique la question de compétence, et il est bien difficile, il est, dans la réalité, impossible de déterminer la compétence, c'est-à-dire les attributions du pouvoir, sans s'être rendu compte de l'objet que le pouvoir est chargé d'atteindre. On a cependant, même de nos jours, procédé par voie de négation, et commencé par refuser au pouvoir les prérogatives qui ont semblé incompatibles avec les droits des individus.

Si on eût débuté par l'examen de la question de l'objet du pouvoir social, on eût pu déduire rationnellement de la nature et des bornes de cet objet, les moyens d'action, les droits ou plutôt les devoirs dont l'existence était nécessaire à son accom-

plissement : on eût été ainsi en mesure de procéder par voie d'affirmation, et de mettre en rapport la force et le degré d'autorité avec la mission.

Le bonheur de tous, ou du moins l'utilité du plus grand nombre à réaliser, voilà la charge un peu lourde que les écoles les plus diverses se sont obstinées à imposer au pouvoir social, et on conviendra que cette théorie rend commode le rôle de la critique, qu'elle est pleine d'encouragements pour les oppositions ; le pouvoir, à coup sûr, sera aisément convaincu de trahison, d'infidélité ou au moins de défaillance, car il restera toujours au-dessous de sa tâche. Mais aussi, et en revanche, comment dénier au pouvoir des moyens d'action proportionnés, adéquats à l'immensité des obligations dont on le grève ? Le pouvoir le plus absolu, le plus affranchi de toute restriction, est légitime en tant qu'il n'est employé qu'à de bonnes fins, dans l'intérêt de la félicité publique ; il est compétent pour infliger ses bienfaits à qui les répudie. Suivant qu'il poursuivra comme but principal ou le bonheur terrestre ou le bonheur de la vie à venir, il disciplinera, dans ses intimités les plus profondes, l'existence tout entière du peuple dont il aura le dépôt et la garde.

On comprend peu la longue fortune d'une thèse grosse de ces irrésistibles conséquences. Elle a été pourtant plus ou moins explicitement professée par les écrivains des écoles les plus diverses, par les défenseurs de la souveraineté du *droit populaire* comme par les défenseurs de la souveraineté du *droit divin*. Je la trouve en Angleterre, dans les écrits de Locke, de Hume, de Fergusson ; en France, dans les livres de Rousseau, de Mably ; Vattel, dans son *Traité du droit des gens*, se l'est appropriée. Je n'ose compter au nombre de ses soutiens Montesquieu.

Dans une des Lettres persanes, Usbek écrit à Rhédi (Lettre 81<sup>e</sup>) :

« J'ai souvent pensé en moi-même pour savoir lequel de tous les gouvernements était le plus conforme à la raison. Il m'a semblé que le plus parfait est celui qui va à son but à moins de frais, et qu'ainsi celui qui conduit les hommes de la manière qui convient le plus à leur penchant et à leur inclination est le plus parfait. »

Mais quel est le gouvernement conduisant les hommes de la

manière qui convient le plus à leur penchant et à leur inclination ?

Dans l'*Esprit des lois*, Montesquieu, bien qu'il distingue avec grand soin la nature et le principe des gouvernements (Livre III, chap. 1<sup>er</sup>) et qu'il recherche l'objet des États divers (Livre XI, chap. V), ne résout, ni même, à vrai dire, ne pose la question.

De tous les publicistes, celui qui en France l'a le plus nettement formulée, c'est un écrivain dont le spiritualisme et l'orthodoxie catholique ne sauraient être contestés : je parle de d'Aguesseau, qui dans un de ses meilleurs et de ses moins solennels ouvrages, l'*Essai d'institution au droit public* (II<sup>e</sup> partie, 2<sup>e</sup> vérité) a écrit :

« La nécessité d'un gouvernement étant ainsi reconnue de fait, il est évident, et l'on peut prouver dans le droit, que, comme je l'ai observé ailleurs, l'objet essentiel de toute société civile ou de toute nation, c'est-à-dire du chef et des membres, est la félicité du corps entier ; et puisque je me suis convaincu, en posant les fondements du droit naturel, que je ne puis trouver mon bonheur particulier qu'en tendant à la perfection de mon être, je dois reconnaître encore que le bonheur d'un État entier ne peut se trouver que dans sa perfection. Ceux qui gouvernent doivent donc avoir pour objet et pour fin du gouvernement la perfection et la félicité de ceux qui sont gouvernés, dans lesquelles leur propre perfection et leur félicité personnelle sont nécessairement renfermées. »

Voilà, dans toute sa franchise d'expression, et avec une grande hauteur d'intention religieuse, la thèse dont le crédit n'a que trop duré. Cette thèse, profondément empreinte dans le Code du grand Frédéric, Code qui ne fut promulgué que par son successeur, et dont le préambule est, comme on l'a dit, une tête moderne sur un corps gothique, le communisme l'a abaissée, en la matérialisant par la substitution pour objet, du *maximum* du bien-être au *maximum* du bonheur.

Les théories qui, aujourd'hui, assignent pour but aux gouvernements, ou le progrès, ou le développement de la civilisation, éludent la difficulté quand elles ne définissent ni le progrès, ni la civilisation ; et quand elles les définissent, quand elles leur attribuent pour caractère le perfectionnement de l'individu et de l'État, surtout quand elles n'indiquent pas auquel



de ces deux perfectionnements appartient la primauté, elles donnent prise à toutes les objections que j'adressais tout à l'heure à la philosophie politique du XVIII<sup>e</sup> siècle.

La théorie qui, sous un titre ou sous un autre, charge les gouvernements de la félicité publique, aboutit fatalement à l'absolutisme d'une religion ou d'une philosophie; elle impose à la société un culte avec ses intolérances, ses disciplines, ses contraintes, le culte d'une certaine utilité actuelle ou future; c'est peut-être parce qu'elle ne s'est pas assez défendue de l'inspiration de cette théorie que l'école doctrinaire a encouru le reproche de trop sacrifier aux principes d'autorité.

M. de Tocqueville a beaucoup mieux compris le véritable but du pouvoir social, et pourtant j'ai une réserve à faire contre sa formule :

« La société est-elle obligée, comme on le croit chez nous, de garantir l'individu et de faire son bonheur; ou plutôt sa seule obligation n'est-elle pas de donner à l'individu des moyens faciles et sûrs de se garantir lui-même et de se créer une existence heureuse ?

« La première notion : plus simple, plus générale, plus *uniforme*, plus saisissable par les esprits à demi éclairés et superficiels.

« La seconde, plus compliquée, plus divisée dans son application, plus difficile à concevoir, mais seule vraie, seule compatible avec l'existence de la liberté politique, seule capable de faire des citoyens et même des hommes (t. VIII, p. 358). »

La société! pourquoi la société? La société, c'est ou la réunion des gouvernants et des gouvernés, ou les gouvernés seulement; or, c'est de la souveraineté sociale, représentée par les gouvernants, que le publiciste veut évidemment parler : sa terminologie est encore équivoque et n'est pas exclusive de toute confusion. Toutefois le problème est visé, et je le tiens pour bien résolu : le pouvoir social est chargé d'assurer à la société et à chacun de ses membres la liberté dont la sécurité est la première condition.

C'est là l'objet principal et la mission la plus importante du pouvoir : il protège, conserve et développe la société, en garantissant la liberté de tous et de chacun, le déploiement des facultés individuelles; mais pour mieux assurer, pour faciliter de plus en plus les rapports sociaux, il a le droit, et, dans une

certaine mesure, le devoir, de sortir de son rôle de médiateur pour se faire initiateur; il pourvoit encore aux besoins de la sociabilité, à la légitime indépendance de l'individualité; il l'éclaire, lui montre et lui ouvre la bonne voie en s'offrant sans s'imposer comme guide.

II. Pour procurer la liberté à tous et à chacun, comment le Pouvoir doit-il être constitué? Doit-il être centralisé, ou, au contraire, fractionné? M. de Tocqueville est trop de son temps pour se faire l'adversaire de l'unité nationale et de l'unité de souveraineté qui en est la plus sûre garantie. La centralisation politique est à l'abri de toute controverse; mais la centralisation administrative n'est-elle pas beaucoup moins impérieusement commandée? Ne semble-t-il pas que l'administration puisse, sans inconvénient, être localisée? N'y a-t-il pas des intérêts indépendants des intérêts du pouvoir central: et pourquoi ces intérêts n'auraient-ils pas leurs représentants et une certaine liberté d'action?

Naturellement, instinctivement, les classes qui arrivent ou ont l'espérance d'arriver à la vie politique, supportent avec impatience, avec jalousie, les pouvoirs trop voisins d'elles, les supériorités de naissance, d'entourage, de richesse, avec lesquels elles sont en contact; elles ont le sentiment que leur élévation rencontrera moins d'obstacles, trouvera plus de secours de la part d'un supérieur commun gérant les affaires communes, et les gérant avec impartialité, non-seulement sans parti pris contre les intérêts nouveaux, mais plutôt avec quelques préventions bienveillantes, parce qu'ils sont les plus faibles et que les intérêts anciens sont pour lui d'anciens rivaux? N'est-ce pas déjà un succès pour les intérêts nouveaux de déplacer le pouvoir, et, s'ils ne peuvent s'en saisir, d'en dépouiller au moins la classe qui le possède et à laquelle ils n'épargnent pas le reproche d'abus?

Ce sentiment de répugnance, de lassitude, presque d'envie, à l'encontre des pouvoirs locaux, de la part des intérêts qui ont l'ambition de devenir des droits, a surtout beaucoup de puissance dans les pays où la souveraineté a été longtemps morcelée, a eu la propriété pour source et a pesé de tout le poids de son caractère territorial.

A ce signalement, on reconnaît la féodalité. L'industrie, le commerce, les communes, la bourgeoisie, pour rompre l'é-

treinte féodale, ont dû fortifier la royauté. Les nouveau-nés ont aidé le pouvoir royal dans sa lutte contre les grands vassaux, et en l'aidant, ils entendaient bien s'aider eux-mêmes.

Voilà le fait qui donne raison à l'idée.

Lorsque le tiers état eut accompli son œuvre, lorsque, par l'intelligence et la richesse, il a été tout, il a voulu d'une part écrire dans les lois l'égalité qui était dans les esprits et dans les mœurs, et d'autre part limiter la souveraineté sociale; en s'associant à cette souveraineté, il ne l'a pas dépouillée de ses attributions administratives; il en a maintenu la centralisation.

L'administration en France n'est pourtant pas, comme en Angleterre, dans le Parlement : elle appartient au pouvoir exécutif, il est vrai; mais, sous le régime parlementaire, la majorité imposait les ministres qui administraient; l'administration n'était donc pas de fait à la discrétion de la royauté.

Sous un régime où le chef du pouvoir exécutif règne et gouverne, où sa responsabilité exclut la responsabilité ministérielle, la question de décentralisation a plus d'intérêt pour la distribution et l'équilibre des pouvoirs; mais la décentralisation suppose l'existence dans toutes les localités d'aptitudes administratives, et d'aptitudes disposées à s'exercer dans une pensée de neutralité et de désintéressement. Or, sans doute en France, légalement, il n'y a plus de classes, et les seules inégalités qui subsistent entre nous, sont des inégalités mobiles de moralité, d'éducation, de richesse; si elles sont transmissibles et si elles constituent une aristocratie ouverte, elles sont une cause d'émulation et non une excitation à des passions haineuses.

Cependant les aristocraties, même celles qui ne sont pas fermées, sont toujours exposées au soupçon d'être exclusives, et l'on présume, à tort ou à raison, qu'elles ont plus de tendance à consolider qu'à affaiblir les barrières qui les séparent des masses, et qu'elles viennent rarement au-devant de ceux qui ont un parcours à faire pour les aborder. Pourquoi ajouter encore aux avantages dont elles jouissent et qu'elles ont le désir de perpétuer, l'avantage qu'elles recueilleraient naturellement de diriger l'administration locale? Pourquoi revendiquer pour elles une force qui serait une inégalité de plus, une force dont les effets seraient directs, immédiats, et ne comporte-

raient par suite aucun de ces tempéraments que ménagent les intermédiaires et qu'assure presque l'éloignement? La démocratie progressive et novatrice a toujours redouté la prépondérance des intérêts territoriaux, trop amis de la stabilité et presque de l'immobilité. Les intérêts territoriaux ne domineraient-ils pas les administrations locales?

Les intérêts démocratiques n'accepteraient avec empressement la décentralisation, qu'autant qu'ils auraient la certitude de se saisir des pouvoirs locaux; cette certitude, ils ne l'ont pas; ils inclinent, dans l'état, à beaucoup concéder au pouvoir central, afin que, de son côté, par une sorte de compensation, il serve leur cause; ils préfèrent sa tutelle, s'exerçant de haut et de loin, à une variété de tutelles plus rapprochées, mais moins désintéressées.

M. de Tocqueville, dans une lettre du 29 janvier 1854, à M. de Beaumont, me semble avoir assigné la cause que j'indique au progrès de la centralisation en Allemagne :

« J'avais remarqué, comme vous, les progrès que la centralisation fait en Allemagne; comment voulez-vous qu'il en soit autrement? Les gouvernements sont seuls prêts à hériter de tous les anciens pouvoirs qui achèvent de mourir; les peuples ne le sont pas. Il n'est pas étonnant que la sphère d'action des individus et des corps aille toujours en se rétrécissant, et celle de l'administration centrale en s'élargissant. L'égalité croissante des conditions mène là invariablement, quand elle s'établit dans un pays où les citoyens n'ont jamais eu ou n'ont plus l'habitude de conduire en commun leurs propres affaires, et l'art assez difficile d'y réussir. » (Nouvelle correspondance, entièrement inédite, p. 311, t. VII, des OEuvres complètes.)

En France, la démocratie s'impose l'attente : est-elle trop modeste et apprécie-t-elle mal sa puissance d'action et son degré de préparation? Je l'ignore. J'essaie d'analyser, en m'inspirant des œuvres posthumes de M. de Tocqueville, les considérations auxquelles quelques-uns des chefs et des organes démocratiques peuvent obéir.

M. de Tocqueville est de ceux qui pensent que le triomphe de la démocratie n'implique pas un nivellement absolu; qu'il n'exclut pas les différences de mérite, la supériorité de valeur morale et de lumières; qu'il n'a rien d'incompatible avec l'égalité de droits qui restent accessibles à chacun et

s'offrent à l'effort, comme un objet légitime de conquête.

M. de Tocqueville reconnaît que la décentralisation assure principalement satisfaction aux intérêts aristocratiques. Qu'importe, si, en encourageant ces intérêts, on donne des garanties, du moins des chances de plus à la liberté?

Les sympathies de M. de Tocqueville pour les pouvoirs intermédiaires, pour les influences aristocratiques, ne me heurtent point : j'admets volontiers qu'une aristocratie dont le cadre a assez d'élasticité pour recevoir toutes les sommités morales et intellectuelles, quelle qu'en soit l'origine, est une sauvegarde pour la liberté, et non pas seulement pour la liberté de quelques-uns, mais pour la liberté de tous.

Toutefois, voici pourquoi, à mon sens, la décentralisation n'a peut-être pas en France l'avenir qu'on paraît espérer pour elle : elle blesserait chez nous un intérêt qui est bien vivace ; elle entraînerait une notable diminution des fonctions publiques salariées ; or la multiplicité des fonctions publiques, qui était sous la monarchie administrative un expédient financier, un merveilleux instrument d'impôt fécondé par la vanité, est aujourd'hui pour le gouvernement un mode, non plus de s'enrichir, mais d'enrichir les dévouements qui l'appellent au secours de l'insuffisance ou de l'accroissement de leur fortune. Les traitements sont une sorte de *taxe*, non de l'indigence matérielle, mais de l'impatience des activités et des ambitions ; ils sont l'objet d'une convoitise presque universelle ; ils sont, pour la majorité des familles, le salut de plusieurs de leurs membres.

En Angleterre, les fonctions publiques sont beaucoup moins nombreuses qu'en France ; les Anglais aiment mieux s'appartenir que d'appartenir à l'organisme administratif ; c'est à eux-mêmes qu'ils sont habitués à demander leurs chances d'avenir.

La centralisation romaine avait répandu, et répandu à profusion la manne vivifiante des délégations salariées, des fonctions lucratives. La centralisation française, son héritière, a encore fait prospérer l'héritage ; le droit aux places est trop acquis aux classes moyennes, il a résisté à trop de révolutions pour qu'elles consentent volontiers à l'échanger contre l'espérance de partager, avec les classes aristocratiques, l'influence locale de quelques mandats gratuits. Comment croire que, de gaieté de cœur ou par superstition pour la tradition anglaise,

la bourgeoisie laisse tarir une source abondante de jouissances d'amour-propre et d'argent? J'ai là-dessus des doutes.

Enfin des esprits ombrageux se préoccupent de la crainte que, pour la distribution des mandats locaux, salariés ou gratuits, la décentralisation ne favorisât ces coalitions égoïstes de famille, ces coteries oppressives qui, en dehors de toute préoccupation politique et sous le seul stimulant d'une étroite personnalité, proscrivent tout ce qui ne s'offre pas à leur joug. — Le pouvoir central est trop à distance pour subir les inspirations de l'envie; s'il ne découvre pas toujours le vrai mérite, il ne s'ingénie point à le tyranniser, et l'on se résigne plus facilement à l'obscurité de l'oubli qu'à de quotidiennes tracasseries.

Les partisans de la décentralisation objectent que, sans corps intermédiaires, la liberté est précaire, compromise; que les individus dans leur isolement sont découragés, écrasés, par l'impossibilité de toute résistance aux empiétements du pouvoir central. C'est pour suppléer aux anciennes forces sociales, que la Révolution a détruites sans retour, qu'ils réclament l'organisation de pouvoirs locaux qui défendent, non plus des droits fondés sur le privilège, mais les droits de tous.

Les défenseurs de l'unité administrative répondent que les garanties qu'on veut créer existent dans les grands corps de fonctionnaires correspondant à tous les services publics, ces corps si vivaces, si puissants, les uns par leur inamovibilité, les autres par la spécialité de leurs connaissances techniques, qu'ils traversent, à l'abri d'atteintes, toutes les révolutions politiques, s'imposant aux gouvernements qu'ils contiennent, qu'ils limitent, qu'ils aident à faire tomber ou qu'ils affermissent, suivant qu'hostiles ou sympathiques, ils condamnent ou approuvent l'œuvre dont ils sont les instruments. Les mandataires, surtout quand ils sont nombreux et animés d'une même pensée, enveloppent et dominent le mandant; bien qu'en droit ils puissent être à sa discrétion, en fait il dépend plus d'eux qu'ils ne dépendent de lui.

C'est précisément parce que la centralisation suppose une immense hiérarchie d'auxiliaires, qu'elle n'a pas l'indépendance et l'omnipotence d'action qu'on lui attribue; secondée pour le bien, elle serait entravée dans ses abus. Le développement excessif de l'organisme administratif, qui est un mal par

de nombreux côtés, se présente, par ce côté, comme un remède et une sûreté.

Montesquieu parle d'une certaine jalousie, qui est l'effet de la force physique du climat et qui est le remède de cette force.

— La multiplicité des fonctions publiques est le produit de la centralisation, et elle en est le correctif.

Lisez dans *l'Ancien régime et la Révolution* le chapitre 6, *Des mœurs administratives de l'ancien régime*, vous reconnaîtrez que M. de Tocqueville, lui-même, voit dans les fonctionnaires administratifs l'aristocratie de la société nouvelle.

M. de Tocqueville, après avoir interrogé les intérêts, fait appel aux principes rationnels. Du droit de l'individu sur lui-même, il conclut le droit de l'agrégation sur elle-même; cette conclusion est périlleuse. L'individu a une vie et une destinée propres, une sphère d'action dans laquelle il n'engage que lui-même. Les agrégations provinciales, départementales, communales, n'ont pas une existence, une liberté, une responsabilité distinctes de l'existence, de la liberté, de la responsabilité des membres qui les composent. Elles sont un cadre, un théâtre, un groupe dans lequel des intérêts qui ont entre eux plus ou moins d'affinités se déploient. Par elles-mêmes, elles n'ont pas de droit; elles ne peuvent sans doute revêtir un caractère collectif et se mouvoir avec quelque unité qu'autant qu'elles obéissent à une règle, et cette règle suppose un pouvoir qui la promulgue et la fasse respecter. Mais ce pouvoir sera-t-il un pouvoir local plus ou moins affranchi de contrôle, ou au contraire sera-t-il une délégation d'un pouvoir supérieur et central? C'est là l'objet du problème, et, pour le résoudre, le droit de l'individu sur lui-même, en ce qui ne concerne que lui, ne peut fournir aucunes données utiles.

Le droit d'un individu sur lui-même limite nécessairement le droit d'autrui, et partant, le droit de toute souveraineté, que cette souveraineté soit locale ou centrale; mais il est étranger à l'origine de cette souveraineté : qu'elle soit voisine ou lointaine, que lui importe, si, dans le domaine qui lui appartient, il n'est pas abusivement entravé?

Il convient même de reconnaître que, lorsque la souveraineté n'est pas un privilège, lorsqu'elle n'est pas un droit dont le dépôt soit indépendant de la volonté des gouvernés, lorsqu'elle a surtout le caractère d'un devoir, et que le droit n'est

que la sanction de ce dernier, lorsqu'en un mot la souveraineté est déléguée, il y a quelques raisons d'accueillir sans trop d'impatience l'unité administrative précisément parce que les individus, en dehors du droit de se gouverner chacun eux-mêmes, sont investis d'un certain droit de gouvernement sur autrui, sur les agrégations diverses dont se compose l'État, et sur l'État lui-même. On peut considérer qu'ils s'assujettissent à relever, pour tout ce qui est étranger à la souveraineté individuelle, de la souveraineté générale qu'ils ne créent pas, mais dont ils délèguent l'exercice. La variété et la prééminence des pouvoirs locaux se concilient plus avec des souverainetés fondées sur le privilège, qu'avec une souveraineté fondée sur la volonté nationale livrée à l'interprétation du suffrage universel : la participation égale de chacun à la formation du pouvoir politique n'implique pas nécessairement, mais implique naturellement l'égalité pour chacun et pour tous, l'égalité pour toutes les agrégations du régime administratif.

Mais ces idées-là, bien entendu, ne préjugent nullement que les membres de chaque agrégation n'aient pas un pouvoir très-étendu sur le choix des représentants de leurs intérêts spéciaux.

M. de Tocqueville a très-bien vu et très-bien montré les liens de convenance qui unissent l'aristocratie et la décentralisation ; mais ce qui me semble s'être dérobé à ses remarques, c'est l'influence du principe des institutions politiques sur les institutions administratives.

III. M. de Tocqueville, dont l'esprit d'ordinaire est si plein d'élévation et d'équité, s'est pourtant associé à une ingratitude et à une injustice dont, dans ces derniers temps, notre littérature politique est profondément empreinte.

Il est aujourd'hui d'usage et de mode de présenter les légistes comme les ennemis systématiques de la liberté ; on leur prodigue les termes les plus méprisants : caractère et esprit chez eux auraient été de même niveau ; attelés aux codes de l'empire romain, éplucheurs et esclaves de ses textes, ils se sont faits, avec leur science étroite et leurs aptitudes serviles, les dociles instruments du despotisme :

« Si l'on étudiait attentivement ce qui s'est passé dans le monde depuis que les hommes gardent le souvenir des événements, on découvrirait sans peine que dans tous les pays civi-



lisés, à côté d'un despote qui commande, se rencontre presque toujours un légiste qui régularise et coordonne les volontés arbitraires et incohérentes du premier.» (Tome VIII, pages 39, 206 et 489.)<sup>1</sup>.

D'où viennent toutes ces colères? Les légistes ont été les meilleurs auxiliaires de la monarchie administrative, les ouvriers les plus actifs de la centralisation; ils ont ruiné la féodalité et le privilège. — Ce n'est pas la féodalité et le privilège que regrette l'école dont je signale le langage; l'école qui fait fi des légistes est une école libérale; ses regrets ne s'adressent qu'aux corps intermédiaires. — Mais, dans les états généraux, les légistes étaient au premier rang; ils étaient le plus souvent les représentants, les orateurs du tiers état; ils faisaient le fond, ils étaient l'âme des parlements. En 1789, la représentation du tiers état comptait 216 avocats et 162 officiers de judicature. Il me serait difficile de regarder Barnave et les légistes de la Gironde comme des artisans du despotisme; je ne veux pas parler des vivants, mais quiconque parcourra la Correspondance inédite de M. de Tocqueville sera frappé du nom de plusieurs de ses correspondants et du caractère des amitiés qu'il a entretenues avec le barreau.

Le précurseur de Montesquieu, le publiciste Bodin, n'a pas, que je sache, prêché la servitude; il a plus de libéralisme, on en conviendra, que Hobbes le philosophe.

On reproche aux juristes de s'être épuisés en efforts pour modeler la royauté française sur le type de la souveraineté impériale. — C'est oublier qu'ils opposaient la souveraineté civile des empereurs romains aux prétentions d'une souveraineté rivale, la souveraineté religieuse de la papauté... Leurs réminiscences étaient une arme de guerre. Les juristes présentaient les rois comme les élus de Dieu et les héritiers du

<sup>1</sup> V. la lettre du 4 janvier 1856 à Alexis Stoffels (*Oeuvres et correspondance inédites*, t. I, p. 468). — V. aussi *l'Ancien régime et la Révolution* (note, p. 345 et 346); — M. de Rémusat (*Politique libérale*, p. 366); — Frédéric Morin (*Origines de la démocratie*, p. 227); — On oublie que la loi romaine a proclamé que la liberté est de droit naturel et que tous les hommes sont égaux (L. 4 au Digeste, *De statu hominum*, et L. 32, ff., *De regulis juris*). Je n'ai pas et personne ne peut avoir la tentation de refaire ce qu'a fait M. Troplong sur l'influence des légistes (*Revue de législation*, t. I, p. 401, et t. II, p. 1). — M. Augustin Thierry (*Récits des temps mérovingiens, Considérations sur l'histoire de France*, ch. 1).

pouvoir de l'Empereur; ils inventaient une souveraineté royale de droit divin, pour ne pas faire relever la royauté de la souveraineté populaire et subordonnée d'où la papauté la faisait naître afin d'avoir un prétexte de la primer. — Mais cette résurrection de la puissance impériale était-elle l'œuvre exclusive des légistes? L'auteur de la *Divine comédie* et aussi du *Traité de la Monarchie*, Dante et le franciscain Ockam, sont, de tous les publicistes, ceux qui ont le plus contribué à reconstruire la Rome impériale au profit des pouvoirs civils. — La théorie du droit divin n'a jamais été une théorie désintéressée; au moyen âge, c'était une théorie libérale.

Le protestantisme et le jansénisme, qu'on n'accuse pas d'ordinaire d'hostilité pour la liberté, ont compté parmi les magistrats et les avocats de nombreux adhérents.

En Angleterre, aussi, on a essayé de présenter les légistes comme peu favorables à la cause de la liberté. Le comte John Russell, dans son *Essai sur l'histoire et la constitution britanniques*, a protesté contre cette idée, et il a usé du meilleur des arguments: il a cité des noms, le nom de Bracton, juge sous Henri III, de Fortescue, chief-justice sous Henri VI, de Coke et de Selden, au commencement de la lutte avec les Stuarts; plus tard de Serjeant Maynard et de Somers, du chancelier Whig, lord Cowper, enfin de lord Campden; il ne néglige pas non plus le nom de lord Erskine (V. chap. 15).

Chose singulière! en même temps que M. de Tocqueville suspecté le libéralisme des légistes, il propose, à titre de garantie et de progrès, de les introduire dans l'administration en les investissant du droit de juger les agents administratifs.

« La nécessité d'introduire le pouvoir judiciaire dans l'administration est une idée *centrale* à laquelle me ramènent toutes mes recherches sur ce qui a permis et peut permettre aux hommes la liberté politique. »

M. de Tocqueville a lui-même présenté la séparation des pouvoirs comme une conquête.

« Il est vrai, d'après M. de Tocqueville, que si nous avons chassé la justice des sphères administratives où l'ancien régime l'avait laissée s'introduire fort indûment, le gouvernement, en revanche, s'introduisait sans cesse dans la sphère naturelle de la justice et nous l'y avons laissé; or, la confusion de pouvoirs, dit-il, est encore plus dangereuse de ce dernier côté que de

l'autre, « car l'intervention de la justice dans l'administration « ne nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de l'administration dans la justice déprave les hommes et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles. (*L'ancien régime et la Révolution*, chap. 4.) » Si je comprends bien M. de Tocqueville, il est d'avis de la suppression de la justice administrative. La justice administrative pouvait être un besoin dans l'ancienne France, où les tribunaux ordinaires ne dépendaient guère du gouvernement.

« Comme le roi n'y pouvait presque rien sur le sort des juges ; qu'il ne pouvait ni les révoquer, ni les changer de lieu, ni même le plus souvent les élever en grade ; qu'en un mot il ne les tenait ni par l'ambition ni par la peur, il s'était bientôt senti gêné par cette indépendance. Cela l'avait porté, plus que nulle part ailleurs, à leur soustraire la connaissance des affaires qui intéressaient directement son pouvoir et à créer, pour son usage particulier, à côté d'eux, une espèce de tribunal plus dépendant, qui présentât à ses sujets quelque apparence de la justice sans lui en faire craindre la réalité. Dans les pays, comme certaines parties de l'Allemagne, où les tribunaux ordinaires n'avaient jamais été aussi indépendants du gouvernement que les tribunaux français d'alors, pareille précaution ne fut pas prise et la justice administrative n'exista jamais. Le prince s'y trouvait assez maître des juges pour n'avoir pas besoin de commissaires <sup>1</sup>. »

Dans un autre chapitre, le chapitre 11 du même livre (*L'ancien régime et la Révolution*), M. de Tocqueville a écrit, en parlant de notre ancienne magistrature :

« Le magistrat était inamovible et ne cherchait pas à avancer, deux choses aussi nécessaires l'une que l'autre à son indépendance ; car qu'importe qu'on ne puisse pas le contraindre, « si on a mille moyens de le gagner ? »

<sup>1</sup> Dans une lettre du 10 août 1854 à M. Frélon, M. de Tocqueville a reproduit la même idée :

« Les légistes administratifs nous disent sans cesse que le plus grand vice du gouvernement intérieur de l'ancien régime était que les juges administraient ; on pourrait se plaindre avec autant de raison de ce que les administrateurs jugeaient. La seule différence est que nous avons corrigé l'ancien régime sur le premier point et l'avons imité sur le second. » (*Oeuvres et correspondance inédites*, t. II, p. 221, 222.)

Je n'ai pas à m'expliquer sur cette demi-inamovibilité qui, suivant M. de Tocqueville, protège le juge contre le pouvoir, mais ne protège pas la société contre le désir naturel de l'avancement du juge. Je me borne à demander où serait, dans le système de M. de Tocqueville, l'avantage de la substitution du juge ordinaire au juge administratif; mais ce n'est pas principalement par ce côté que l'innovation de M. de Tocqueville me semble devoir être combattue; cette innovation serait la ruine du principe de la séparation du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire; avec le jugement des actes de l'administration et des agents administratifs, le magistrat est le suprême administrateur; il domine le pouvoir exécutif et dans la réalité il l'absorbe. Nous savons bien que l'idée de M. de Tocqueville tend à s'accréditer dans les esprits, qu'elle a même conquis l'adhésion de juristes éminents, et qu'elle a surtout fait fortune parmi les publicistes littérateurs qui ne croient pas au libéralisme des légistes. Malgré mon respect pour les autorités auxquelles je me heurte ici, je persiste dans les convictions que j'ai ailleurs exprimées. (*La liberté civile*, chap. 16.)

Je sais bien qu'on a dit <sup>1</sup>, et dit très-ingénieusement, qu'il ne faut pas confondre le mauvais usage d'un pouvoir légal et la violation de la loi, l'erreur et l'arbitraire. Le juge ordinaire ne serait chargé que de la répression des violations de la loi et de l'arbitraire; il serait incompétent pour censurer le mauvais usage, l'exercice imprudent ou abusif d'une prérogative administrative. Mais qui fera la distinction entre le mauvais usage du pouvoir et l'excès de pouvoir? Est-ce le juge ordinaire? sans aucun doute, dans la théorie que je combats; mais alors le juge ordinaire qui aura le dernier mot aura une souveraineté absolue sur l'administration.

Je crois me rappeler que c'était *ratione peccati* ou *delicti*, que les canonistes, au moyen âge, revendiquaient pour le pouvoir spirituel la connaissance de tous les litiges. Le juge du péché, juge du pécheur, était juge de tout le monde. Ce biais est-il digne de revivre?

A. BERTAULD.

<sup>1</sup> Laboulaye, *Le parti libéral*, p. 265. — M. Dupont-White, *La liberté politique*, p. 329.

## EXAMEN DOCTRINAL.

## Questions sur les substitutions permises.

Par M. A. BERTAULD,

avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen <sup>1</sup>.§ 1<sup>er</sup>.

Le substitué peut-il, avant l'ouverture de la substitution, pacifier sur son droit éventuel, sur son aptitude à accepter les libéralités conditionnelles dont il a été l'objet ?

Nous supposons, bien entendu, que la substitution résulte d'un acte entre-vifs ou que, si elle résulte d'un testament, le testateur est décédé. Il y aurait bien évidemment stipulation sur une succession future, s'il s'agissait d'une disposition à cause de mort, que la mort n'eût pas rendue irrévocable. Mais le grevé est saisi, l'incertitude ne plane que sur le droit du substitué. Survivra-t-il au grevé ? Sera-t-il capable ? Moyennant un prix, il affranchit la disposition principale de la condition résolutoire ; il abandonne son titre pour consolider et rendre incommutable le titre de l'institué ; il traite sans doute d'un droit subordonné au décès du grevé, mais il ne traite pas pour cela de la succession non ouverte du grevé, dont il ne tient et ne doit rien tenir.

Le légataire sous la condition suspensive du prédécès d'un tiers qui ne serait pas le débiteur du legs, aurait incontestablement la faculté de céder son droit éventuel ; il ne lui serait pas interdit d'en disposer, de libérer de son obligation éventuelle la personne chargée de l'acquitter. Pourquoi le substitué serait-il de pire condition que le légataire conditionnel ? Qu'importe la circonstance que la condition suspensive soit le prédécès du débiteur du legs dans la substitution permise ? Le substitué est plus favorisé par la loi que le légataire conditionnel, puisque, pour celui-ci, la capacité est requise à deux époques, tandis qu'elle n'est, pour celui-là, requise qu'à une seule époque, au décès de l'institué principal.

<sup>1</sup> V. tome XXV, p. 385 ; t. XXVI, p. 97 ; t. XXVII, p. 1 et 193.

A la vérité, le donataire des biens à venir ne peut ni accepter ni répudier l'objet du don, tant que le donateur vit; mais le donataire des biens à venir, l'institué contractuel, est l'héritier de l'instituant, tandis que le substitué n'est pas l'héritier du grevé.

L'ordonnance de 1747 (titre 1, art. 27) autorisait les renonciations translatives de la part du substitué avant l'ouverture de la substitution.

On objecte que le Code ne reproduit pas cette disposition, et l'on conclut du silence de la loi nouvelle que les articles 791 et 1130 sont applicables. (Colmet de Santerre, continuation de M. Demante, t. IV, p. 417.)

Cette conclusion suppose que le titre de l'appelé venant du grevé, est une vocation éventuelle à sa succession, et peut du moins y être assimilé. C'est précisément ce point de départ, cette assimilation, que je conteste.

On insiste pourtant et l'on cherche à expliquer la différence entre la solution de l'ordonnance et la solution qu'on attribue au Code.

L'ordonnance ne traitait pas le droit des appelés comme un droit à succession future, parce qu'elle n'exigeait point qu'il existât aucune relation de famille entre l'appelé et le grevé, tandis que, d'après le Code, l'appelé est nécessairement l'enfant du grevé, qui est lui-même le fils ou le frère du disposant. La substitution n'est donc aujourd'hui autre chose qu'un moyen d'assurer aux petits-enfants ou aux neveux la succession de leur aïeul ou de leur oncle.

Oui, la substitution est une vocation conditionnelle, une vocation conditionnelle à la succession de l'aïeul ou de l'oncle? Est-elle pour cela, au mépris du brocard : *substitutus a gravante non a gravato capit*, une vocation conditionnelle à la succession du père?

« Autoriser l'appelé à renoncer du vivant du grevé, ou à céder ses droits à un tiers, ne serait-ce pas valider des actes directement contraires à l'intention du disposant, puisque ce serait fournir à l'appelé le moyen de dissiper avant le terme fixé par la nature le patrimoine de la famille? »

Je réponds que la substitution est une garantie contre la dissipation du grevé; elle est établie au profit de l'appelé, non contre lui; elle ne doit point gêner sa liberté, restreindre sa

capacité. — On redoute les abus d'influence de la part du grevé; il n'y a pas du moins de place pour cette crainte, lorsque le substitué cède son droit à un tiers. L'enfant, malgré sa majorité, aura moins d'indépendance vis-à-vis de son père que vis-à-vis d'un étranger : soit; toutefois la loi n'interdit point, par une présomption de soumission révérentielle, les contrats entre le fils et le père. — La renonciation des enfants vivants, ajoute-t-on, ne rendra pas les biens disponibles dans la main du grevé, puisqu'elle ne détruira pas le droit des enfants à naître. La renonciation ne liera que les renonçants, et même, parmi les appelés en vie, les uns peuvent vouloir garder leur titre, les autres vouloir en faire un objet de transaction. Ce n'est pas au bénéfice du grevé, c'est au bénéfice des appelés que je revendique les droits et les prérogatives de la capacité. S'ils cèdent leurs droits à un tiers, ils n'affranchissent même pas partiellement leur père. Tout cela est sans influence sur la question.

A M. Colmet de Santerre j'oppose M. Demante (n° 13 bis, § 2, *Cours analytique*, tome IV, p. 27) « Le droit lui est acquis (à l'appelé), en ce sens que sa vocation éventuelle, émanée de la volonté du disposant, ne peut recevoir aucune atteinte de la volonté du grevé. Il y a donc pour lui un droit conditionnel qu'on pourra, si l'on veut, n'appeler qu'une *espérance*, parce qu'il n'y a encore ni propriété ni créance; mais cette *espérance*, même indépendante pour la réalisation du fait ou de la volonté d'autrui, constitue sous ce rapport un droit et ne peut se confondre avec la vocation éventuelle à une succession. »

L'argumentation de M. Colmet de Santerre n'est pas dénuée de force, puisqu'un jurisconsulte qui a écrit après lui, sur les substitutions permises, se l'est appropriée. Je ne crois cependant pas qu'elle doive, même avec cet appui, triompher.

Si le traité sur la substitution non ouverte n'est pas un traité sur la succession future du grevé, il ne tombe sous le coup d'aucun texte prohibitif.

L'article 28, titre 1<sup>er</sup> de l'Ordonnance, ne dotait pas le substitué d'une capacité exceptionnelle; il restreignait au contraire la capacité normale; il n'autorisait que les renonciations translatives aux substitutions non ouvertes, ou les cessions de l'événement éventuel de la substitution, et encore il subordonnait la validité de ces actes à une constatation authentique.

Il n'admettait pas les renonciations extinctives et par acte unilatéral. Le motif sans doute était que les renonciations extinctives ne pouvaient constituer de droit au profit du grevé ou au profit du substitué appelé après le renonçant, qu'autant qu'elles étaient acceptées; si elles étaient acceptées, elles constituaient des subrogations transmissives. L'article 28 est l'expression d'une pensée restrictive et d'une exigence de forme; la suppression de cet article, c'est un retour au principe de la liberté des contrats; ce n'est pas la négation, c'est l'affirmation de la capacité.

## § 2.

La prescription est-elle suspendue au profit du substitué dont le droit n'est pas ouvert?

On l'a soutenu; l'appelé, fût-il né, est dans l'impuissance d'agir; il n'a qu'un titre éventuel. L'appelé, d'ailleurs, n'est peut-être ni né ni conçu; et comment dans ce cas comprendrait-on une prescription contre un droit qui n'a pas de représentant, contre un droit dont le titulaire n'existe pas encore? Enfin les biens substitués ne sauraient être aliénés au préjudice de la substitution. Comment accorder à une sorte d'aliénation indirecte plus de puissance qu'à l'aliénation directe?

La substitution est annoncée par la transcription; les tiers ne sont donc pas exposés à se faire l'illusion que pourrait produire, s'ils n'en avaient pas l'explication, un silence prolongé. Il faut répondre, et l'on a répondu que l'adage: *contra non valentem agere non currit præscriptio* est en lui-même dénué d'autorité; la loi a pris le soin de déterminer les cas d'impossibilité d'action dans lesquels elle a suspendu la prescription, et l'interprète ne saurait, sous prétexte de similitude, introduire des additions. Le tuteur à la substitution a le droit et le devoir de faire les actes interruptifs, dont les appelés eux-mêmes ont aussi qualité pour se charger, puisqu'il ne s'agit que d'une mesure conservatoire. Quant à la transcription, elle n'affranchit pas de la prescription les droits qu'elle révèle, ces droits fussent-ils conditionnels. De l'inaliénabilité d'un bien on ne saurait rigoureusement induire son *imprescriptibilité*: les biens dotaux du régime dotal sont inaliénables malgré la séparation de biens; cependant, par la séparation de biens, ils



deviennent prescriptibles (1561). Les appelés nés ou à naître profitent des suspensions ou interruptions qui proviennent du grevé, le représentant de la propriété, tant que la substitution n'est pas ouverte ; mais leur condition à eux-mêmes est indifférente ; elle n'a aucune vertu suspensive ; c'est contre le propriétaire que court la prescription, et l'appelé n'est pas propriétaire, bien qu'il puisse le devenir.

Ce que nous écrivons s'applique et à la prescription *acquisitive* et à la prescription *libératoire* ; les raisons sont les mêmes. Ce qui est prescrit contre le grevé est nécessairement prescrit contre les appelés.

Toutefois la prescription, qui ne court jamais, avant l'ouverture de la substitution, au profit du grevé contre les appelés, peut-elle courir au profit de ses ayants cause, par exemple, au profit de ses acquéreurs auxquels il a dissimulé la charge éventuelle de restitution qui pèse sur le bien vendu ? Si les acquéreurs avaient, en traitant, connu la substitution, ils ne pourraient invoquer la prescription de dix ou de vingt ans ; seraient-ils privés du secours de la prescription de trente ans ? On pourrait soutenir qu'ils seraient, dans ce cas, subrogés, non pas *personnellement*, mais *réellement*, aux obligations de leur vendeur, et que le titre de celui-ci réagissant sur le leur, ils seraient dans une position pire que s'ils n'avaient pas de titres. Je n'examine pas cette difficulté, étrangère à notre matière.

Que si les acquéreurs ont ignoré la substitution, je n'admets pas, malgré l'autorité de l'auteur du *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, tome V, n° 555, que la transcription soit réputée les avoir avertis, et qu'une suite de présomptions légales les constitue en mauvaise foi : je considère que la prescription de dix ou vingt ans peut courir contre eux. La loi sur la transcription n'a pas supprimé la prescription avec titre et bonne foi ; la transcription d'un acte constitutif d'un droit éventuel, pas plus que la transcription d'un acte constitutif d'un droit pur et simple de propriété, n'implique la connaissance de fait de la part des tiers de l'existence et de la nature des droits contre lesquels ils ont besoin de protection ; le tiers détenteur peut notamment s'affranchir par prescription d'un droit résolutoire, bien qu'il résulte d'un acte transcrit. La prescription, dans cette hypothèse, ne court pas contre le grevé ; elle n'atteint pas les appelés par contre-coup ; elle les atteint direc-

tement; donc ce n'est pas la condition du grevé qu'il faut considérer pour savoir si la prescription a pu courir, si elle a été ou n'a pas été suspendue. Lorsque les appelés sont mineurs, ou lorsqu'ils ne sont ni nés ni conçus, il y a suspension aux termes de l'article 2252 du Code Napoléon; mais cette suspension est accidentelle; elle n'est pas une conséquence de la non-ouverture de la substitution.

### § 3.

Quelle est l'influence de l'inexécution de l'institution principale sur la sous-institution?

L'institution peut dans la substitution permise rester sans exécution :

1° Parce que l'institué est incapable au décès de l'instituant;

2° Parce que l'institué répudie l'institution;

3° Parce que l'institué est ingrat ou indigne;

4° Parce que l'institué n'exécute pas les conditions de l'institution;

5° Parce qu'il ne fait pas nommer de tuteur dans les délais;

6° Parce qu'il veut restituer le fidéicommiss avant son décès.

Dans ces six cas l'inexécution de l'institution a-t-elle les mêmes conséquences pour la sous-institution?

Je ne le pense pas.

1° Lorsque l'institué est incapable au moment du décès de l'instituant, il n'y a pas d'intermédiaire pour la transmission héréditaire; comment exagérer l'indulgence jusqu'à ce point de n'exiger la capacité des substitués qu'au moment du décès du grevé de substitution? Il n'y a que les appelés nés ou conçus à la mort de l'instituant qui profitent de la sous-institution et héritent pour les biens substitués, soit de leur oncle ou tante, soit de leur aïeul ou aïeule.

Mais la substitution ne devait s'ouvrir qu'au décès du grevé; les héritiers *ab intestat* de l'instituant conserveront-ils les biens substitués jusqu'à l'avènement de cette mort? Ne devront-ils restituer ces biens qu'aux appelés survivants? Non. Par l'incapacité de l'institué, comme par son prédécès, la substitution se métamorphose en substitution vulgaire, c'est-à-dire en insti-

tution pure et simple, d'une exécution immédiate pour les appelés capables qui seuls en profitent.

2° Lorsque l'institué répudie l'institution, il ne peut, par son fait, tromper la volonté de l'instituant en concentrant la libéralité sur les seuls appelés nés ou conçus ; il ne peut non plus l'améliorer en l'affranchissant des conditions ; les héritiers *ab intestat*, parmi lesquels il n'est pas impossible qu'il figure, sont subrogés à ses droits et à ses obligations ; ils restitueront à son décès s'il y a des appelés capables.

Le grevé est peut-être l'héritier unique ; sa renonciation à la disposition principale sera alors un non-sens, puisqu'il gardera à un titre ce qu'à un autre titre il aura répudié. — Oui, certainement, l'héritier du sang est subrogé aux charges des legs dont, pour cause de caducité, il recueille l'émolument ; il n'y a aucune nécessité, pour cette hypothèse, de remettre, entre les mains d'un héritier plus éloigné, la propriété résoluble des biens substitués.

Pourquoi, quand il y a des appelés nés ou conçus au moment de la renonciation de l'institué, ne pas ouvrir par anticipation la substitution conformément à l'article 1053 ?

Parce que la disposition exceptionnelle de l'article 1053 ne s'applique qu'au cas où le droit de l'institué cesse, est résolu ou *fini*, et que ce droit ne peut ni cesser, ni *finir*, ni se résoudre quand il n'a pas eu un commencement d'existence.

3° Quand l'institution est révoquée pour des faits d'ingratitude qui ne sont pas communs aux sous-institués, la substitution s'ouvre immédiatement au profit des appelés nés ou conçus, sauf à associer à son bénéfice les appelés qui viendraient à naître.

S'il n'y a pas encore d'appelés nés ou conçus, les héritiers de l'institué sont subrogés aux droits du grevé, et leur propriété s'affermite ou s'évanouit suivant qu'il n'y a pas ou qu'il y a des appelés capables au moment fixé pour l'ouverture normale de la substitution.

Vainement objecterait-on que l'action en révocation peut être fondée sur des faits antérieurs à la mort du testateur, comme l'établit l'article 1046 du Code Napoléon, et que la cause de caducité ou de déchéance, lorsqu'elle précède le décès de l'instituant, empêche la naissance du droit du grevé, qu'alors la substitution ne vaut plus que comme substitution vul-

gaire au profit des appelés nés ou conçus. — Il est vrai, pourrait-on ajouter, que la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie pas aux tiers avec lesquels le donataire ingrat a contracté avant la transcription de la demande. — Mais les appelés ne sont pas des tiers; ils tiennent leur droit, non du grevé, mais du testateur; ce droit se fixe exclusivement sur la tête des substitués capables, si la caducité, pour ingratitude antérieure au décès du disposant, est assimilée à une incapacité; il s'étend aux appelés à naître jusqu'au décès du grevé, si cette caducité est assimilée à une renonciation avant toute acceptation par le grevé. Je réponds que la révocation pour ingratitude n'a jamais d'effet, même contre l'institué, que du jour où elle est exercée; elle n'opère ni du jour du délit ni du jour de l'ouverture du legs; elle n'a aucune espèce de rétroactivité. — L'ingratitude n'est pas une incapacité qui empêche l'ingrat d'être saisi; l'ingratitude n'est pas non plus une renonciation, une renonciation forcée; l'ingrat a accepté; il n'est pas *renonçant*, il est *déchu*.

4° Si l'institué n'exécute pas les conditions de l'institution, son droit cesse, *fnit*, et l'article 1053 est encore applicable.

La résolution pour inexécution des conditions n'a point pour effet de métamorphoser la substitution en substitution vulgaire.

Cependant cette solution ne soulève-t-elle pas des objections très-graves? La révocation pour inexécution des conditions, à la différence de la révocation pour cause d'ingratitude, rétroagit, et sa rétroactivité remonte au jour du testament. Le légataire grevé, dont le droit est résolu, est réputé n'avoir jamais été légataire. Aux termes de la loi, la disposition principale est effacée si radicalement, qu'il n'en reste plus de trace, parce que la résolution dérive, suivant le langage des anciens docteurs : *ex causâ antiquâ et primævâ*. — Cet anéantissement rétrospectif du titre du gratifié premier en ordre, n'a-t-il pas au moins les effets de l'incapacité dont le gratifié serait frappé au moment du décès du testateur, et la substitution ne doit-elle pas seulement valoir comme substitution vulgaire, en faveur des appelés nés ou conçus, lorsque la mort du testateur a donné effet à son testament?

Cette argumentation a une grande puissance dans la théorie de ceux qui admettent, avec nous, que les caducités, qui ne

font pas seulement cesser le droit du grevé, mais l'empêchent de naître, convertissent la substitution fidéicommissaire permise en une substitution vulgaire.

Je n'accepte pourtant point cette idée, et voici comme je la combats : Entre, d'une part, les héritiers du testateur, et, d'autre part, le grevé ou ses ayants cause, créanciers ou acquéreurs, la résolution est rétroactive et elle supprime la disposition principale; mais vis-à-vis des appelés nés et à naître, la résolution fait seulement cesser les effets du titre du grevé; elle ne fait pas obstacle à ce que, en réalité, le titre ait existé; la disposition principale périt, mais elle *a eu vie*; elle n'est pas *mort-née*, comme dans le cas où le grevé aurait été incapable de recevoir, au jour du décès du disposant.

L'action en résolution intentée contre le grevé profite aux appelés nés et à naître, puisque les causes de cette action sont nécessairement postérieures au décès du testateur; mais les appelés n'ont de bénéfice qu'autant qu'ils acceptent les charges, c'est-à-dire qu'ils remplissent les obligations dont la violation par le grevé entraîne l'ouverture de leur droit.

S'il n'existait pas encore d'appelés, le profit de la résolution appartiendrait aux héritiers du testateur provisoirement ou définitivement, suivant qu'au décès du grevé il y aurait ou il n'y aurait pas des appelés capables ou acceptants.

5° Si le grevé encourt la déchéance à défaut dans les délais de pourvoir à la nomination d'un tuteur à la substitution, cette déchéance est une véritable résolution pour inexécution d'une condition que la loi a écrite dans le testament, et tout ce que nous venons de dire dans le quatrième cas doit recevoir son application dans le cinquième. (On professe généralement que la déchéance ne doit être prononcée qu'autant que des appelés sont nés ou conçus, parce que cette sanction n'est pas édictée dans l'intérêt des héritiers du sang; mais je tiens cet argument pour dénué de fondement; les héritiers du testateur peuvent demander la résolution de l'institution pour inexécution des conditions, bien que les conditions ne soient pas stipulées dans leur intérêt et qu'ils n'arrivent qu'à ouvrir plus tôt le droit des appelés. Il importe à l'intérêt des appelés à naître que l'obligation de faire nommer un tuteur soit garantie par une sanction qui n'ait rien de conditionnel.)

6° Si le grevé, après avoir accepté, abandonne par anticipa-

tion sa jouissance aux appelés, cet abandon profite, non pas seulement à ceux qui sont nés, mais à ceux qui naîtront; le grevé ne saurait dénaturer, en la restreignant, la substitution.

A défaut d'appelés, les héritiers du sang seraient-ils subrogés aux droits de l'auteur de l'abandon, sauf restitution, si des appelés venaient à naître? Ce qui fait le doute, c'est qu'ici la résolution est volontaire; le grevé ne la subit pas, il l'opère librement; il n'y a pas seulement une remise anticipée des biens substitués; il semble qu'il y ait un véritable transport de propriété en dehors des prévisions testamentaires, une véritable donation soumise aux conditions et aux droits fiscaux qu'impose un acte entre-vifs à titre gratuit. — Voici ce qu'on peut objecter : la substitution n'est pas encore caduque; elle pourra recevoir exécution; le tuteur reste en fonction, les héritiers ne reçoivent qu'un dépôt, si au décès du grevé il y a des appelés capables et acceptants.

Ces objections ne me paraissent point décisives; l'ouverture de la substitution ne peut résulter que d'un contrat, d'un échange de volontés; les héritiers du sang du testateur ne sont nullement contraints de recevoir les biens substitués; ces biens ne peuvent faire retour à la succession *ab intestat*, malgré eux. J'irais même jusqu'à dire que le droit du grevé d'abandonner, par anticipation, les biens substitués est subordonné à l'existence d'appelés et d'appelés acceptants; et de ce caractère contractuel de l'ouverture anticipée de la substitution, dans ce cas, je déduirai bientôt des conséquences pratiques.

Cet abandon, lui, n'a pas d'effet rétroactif; il ne peut préjudicier ni aux créanciers même chirographaires du grevé, pourvu que leurs titres aient date certaine, ni à plus forte raison à ses acquéreurs, qu'il s'agisse d'acquéreurs à titre onéreux ou à titre gratuit.

Un auteur accrédité professe que la déchéance, à défaut de nomination de tuteur, n'est pas plus opposable aux créanciers et acquéreurs du grevé que l'abandon volontaire de la substitution; il assimile ainsi le cinquième et le sixième cas. — Je considère que le cinquième cas ressemble plus au quatrième cas qu'au sixième, et je demande si la résolution pour inexécution des conditions atteint ou n'atteint pas les ayants cause du grevé.

Ces principes régiraient-ils les substitutions résultant d'institutions contractuelles?

Oui. Je vois pourtant une objection pour le premier des six cas que j'ai successivement examinés : l'institué était capable au moment du contrat de mariage qui le greève de substitution ; il vivait, mais avait perdu sa capacité, quand l'instituant est décédé. Si la substitution se convertit en une substitution vulgaire, au profit des enfants déjà nés et conçus, mais à l'exclusion des enfants à naître, cette disposition officieuse est dénuée de tout effet, puisque l'institution contractuelle, par elle-même et indépendamment de toute charge de conserver et de rendre, renferme, quand elle est l'œuvre d'un tiers, une substitution vulgaire. — Ma réponse est que les petits-enfants ou les petits-neveux, qui n'étaient pas conçus à la mort de l'instituant, ne pouvaient être ses successibles qu'à l'aide d'un intermédiaire, le grevé, leur père, et qu'il n'y a pas eu d'intermédiaire quand l'institué n'a pu recueillir ; il est vrai que lorsque l'institué renonce, il ne recueille pas davantage, et pourtant nous laissons à la disposition officieuse toute son efficacité. Oui, parce que nous n'admettons pas que la désertion du mandat, le rejet du dépôt puisse frapper d'impuissance les intentions de l'instituant ; nous tenons pour accomplie la condition qui n'a défailli, au préjudice des appelés, que par la volonté de celui qui était obligé à l'accomplir ; l'institué ne saurait être maître de dépouiller ses enfants à naître de leur part dans la succession, que leur aïeul ou leur oncle a entendu leur transmettre.

Ces principes régiraient-ils les substitutions résultant de donations entre-vifs?

Les deux premiers cas ne peuvent guère se réaliser ; en effet, si le donataire est incapable ou n'accepte pas, l'acte, au moins en ce qui le concerne, n'est pas caduc ; il n'a jamais acquis sa perfection ; ce n'est qu'un simple projet. Dans ces deux cas, du moins, on ne saurait nier qu'il n'a pas existé d'intermédiaire de transmission. Si les appelés nés ou conçus avaient, par eux ou leurs représentants, régulièrement accepté la disposition, en ce qui les concerne, ils pourraient être ou purement et simplement, ou conditionnellement saisis, suivant l'interprétation que comporterait l'acte ; mais ils seraient saisis à l'exclusion de leurs frères ou sœurs à naître.

Dans les quatre autres cas qui sont des cas d'ouverture anticipée de la substitution, cette ouverture, qui procède de causes postérieures à la donation, profite aux substitués, et les principes que nous avons exposés sont communs aux donations et aux testaments.

Dans ces quatre cas d'ouverture anticipée de la substitution, cette ouverture est irrévocable vis-à-vis du grevé. Ses héritiers soutiendraient vainement que des appelés bénéficiaires aucun n'a survécu, et que par suite leurs droits et ceux de leurs ayants cause sont résolus.

Cette ouverture est aussi irrévocable vis-à-vis des héritiers du disposant. Vainement prétendraient-ils, notamment dans le cas de révocation pour ingratitude ou pour inexécution des conditions personnelles au grevé, qu'à défaut de survie des appelés, ils doivent se ressaisir des biens substitués, que la pénalité doit leur profiter. La présomption de la loi est que les substitués ont été préférés aux héritiers du sang, et que la date et la condition de la restitution du dépôt ne concernaient que les rapports des appelés avec le grevé. Les représentants et ayants cause des appelés sont donc affranchis de toute crainte de ce côté.

Mais l'ouverture anticipée est-elle irrévocable entre les bénéficiaires entre eux, et l'est-elle vis-à-vis des appelés à naître ?

N'y a-t-il pas des distinctions à faire entre les cas divers d'ouverture anticipée de substitution ?

Les auteurs s'accordent à reconnaître que l'anticipation d'ouverture de la substitution ne saurait nuire aux appelés à naître. Que cette anticipation ne puisse entraîner leur exclusion, sous le prétexte qu'à l'époque de la restitution ils n'étaient pas encore conçus, c'est l'évidence; mais leur part doit-elle être calculée, d'après le nombre des appelés capables ou acceptants au décès du grevé ou d'après le nombre des appelés capables ou acceptants au moment de la restitution, en les y ajoutant eux-mêmes, par une fiction produisant pour eux une anticipation de naissance ? C'est là qu'est le problème, qui ne me semble pas avoir été nettement dégagé. La solution doit exercer de l'influence sur le point de savoir si l'ouverture anticipée est irrévocable vis-à-vis des bénéficiaires entre eux. Si, en effet, les appelés précédés sans enfants ne sont pas comptés vis-à-vis des appelés survivants et acceptants, n'y aurait-il pas injustice à les comp-



ter vis-à-vis des bénéficiaires survivants de l'ouverture anticipée ? Ne serait-ce pas scinder l'une et l'autre situation à l'égard de ceux-ci ? Ils étaient quatre, par exemple, au moment où la substitution s'est ouverte par anticipation. Deux frères ou sœurs sont nés depuis ; mais sur les quatre appelés existant à l'époque de l'ouverture anticipée, deux sont décédés.

Les deux appelés nés depuis la restitution auront-ils chacun un quart, c'est-à-dire à eux deux une moitié, tandis que les deux autres appelés survivants et déjà saisis ne conserveront que chacun un huitième, les deux autres huitièmes restant aux représentants légataires ou autres des deux appelés prédécédés sans postérité ? L'équité, une équité impérieuse, paraît commander de prendre pour règle, avec indivisibilité, la situation au moment de la restitution ou la situation au moment du décès du grevé.

Je suis porté à penser qu'en se rendant bien compte des quatre cas dans lesquels le droit du grevé est résolu ou *finit* avant le terme, on découvre des différences qui entraînent des différences de solution.

Dans les trois cas de révocation pour ingratitude, inexécution des conditions personnelles au grevé, défaut de nomination de tuteur, l'ouverture de la substitution est imposée, elle n'est pas le fait des appelés vivants et capables ; elle se réalise sans eux et malgré eux ; ils sont en demeure d'accepter ou de répudier la substitution ; ils ne seraient pas fondés à demander l'ajournement, le *statu quo* jusqu'au décès du grevé.

Au contraire, l'ouverture de la substitution résultant d'un abandon volontaire est contractuelle ; le grevé ne peut pas l'imposer ; il n'est pas un usufruitier ; il est un propriétaire et il ne peut être maître de supposer accomplie, quand, dans la vérité des choses, elle ne l'est pas, la condition résolutoire à laquelle son droit est subordonné.

Eh bien ! dans les trois cas où l'ouverture par anticipation de la substitution est forcée et conséquemment subie par les appelés, ils sont appropriés, sauf la distraction d'une part virile pour chacun des survenants. Ils étaient quatre ; deux meurent, deux surviennent ; ils avaient chacun un quart, les deux survenants sont des *posthumes* ; le bénéfice de la substitution se partagera par sixième ; les représentants des deux appelés prédécédés conserveront, non le quart échu, mais le sixième

afférent à leur auteur ; les parts restent acquises aux appelés morts dans l'intervalle de la restitution au décès du grevé ; seulement, elles sont réduites par la survenance de frères ou de sœurs.

Dans le quatrième cas d'ouverture anticipée de la substitution, comme il s'agit d'une ouverture contractuelle, les appelés nés ou conçus n'ont pu pactiser au préjudice des appelés à naître, sur l'époque de la restitution des biens substitués. Certainement ce pacte n'est pas, bien que nous ayons sur ce point des contradicteurs, *un pacte sur une succession future*. Les biens substitués viennent du disposant et non pas du grevé ; or le disposant a pu substituer par acte entre-vifs, et eût-il substitué par contrat de mariage, et sous forme de donation de biens à venir ou par testament, la restitution suppose que la succession de l'instituant est ouverte. La raison de décider, c'est que les appelés n'ont pu stipuler ni *pour* ni surtout *contre* les appelés à naître. — Or, en conservant pour exemple l'espèce de quatre appelés, nés ou conçus au moment de l'abandon, sur lesquels deux meurent avant le décès du grevé, tandis que deux appelés nouveaux surviennent, pourquoi les deux survenants n'auraient-ils que chacun un sixième, tandis que normalement, légalement, ils devaient avoir chacun un quart ? Mais les deux bénéficiaires survivants ne seront pas alors réduits chacun à un huitième, pour laisser deux huitièmes aux successions des prédécédés ; ils n'ont fait qu'un pacte provisionnel ; ils sont régis par la situation au moment du décès du grevé, vis-à-vis de leurs frères et sœurs nés depuis la restitution ; ils pourront opposer cette situation aux frères et sœurs qui n'ont pas vécu jusqu'à cette époque.

Voici comment l'embarras peut encore s'accroître.

La restitution a été contractuelle ; il y avait quatre appelés vivants et acceptants ; deux sont morts avant le décès du grevé, mais il n'est pas survenu de substitués. Les deux appelés survivants se partageront-ils par moitié le bénéfice de la substitution ? L'acceptation de l'abandon n'est qu'un pacte provisionnel, ai-je écrit tout à l'heure. Si ce pacte est provisionnel, c'est au moment du décès du grevé que la substitution s'ouvre définitivement, et partant, c'est à ce moment qu'il faut compter les ayants droit. A mon sens le pacte d'acceptation n'est provisionnel que sous la condition que la naissance de nouveaux ayants

droit en dérangera l'économie, en modifiera les résultats. S'il est révoqué dans l'intérêt des appelés survenus qui l'écartent en réclamant le bénéfice de la situation au décès du grevé, cette règle sera la loi de tous, et la révocation sera absolue. Quand l'intérêt qui exige la révocation ne se produit point, la situation au moment de la restitution continue d'être la loi de ceux qui y ont adhéré ; les deux survivants n'auraient donc chacun qu'un quart et les deux autres quarts resteraient aux successions des deux appelés prédécédés sans postérité.

Ces questions ne naissent pas lorsque le grevé est incapable au décès du testateur, puisque le bénéfice de la substitution appartient exclusivement et définitivement aux appelés nés et conçus ; elles ne naissent pas davantage lorsque le grevé renonce, avant toute acceptation, à son legs, puisque les héritiers du disposant sont subrogés aux droits et aux obligations que le grevé répudie ; il n'y a d'attributions qu'aux appelés capables et acceptants au moment où la substitution s'ouvre, et elle ne s'ouvre point par anticipation.

Toutes ces distinctions, quoique difficiles à saisir à la première vue, paraîtront suffisamment justifiées, nous l'espérons du moins, à quiconque prendra la peine d'y réfléchir.

#### § 4.

Quelles sont les conséquences de la caducité ou de la déchéance de la sous-institution, quand l'institution principale reçoit son exécution ?

1° Les substitués sont incapables, mais ils survivent au grevé. — A qui profite leur incapacité ? Est-ce aux héritiers du grevé ou à l'héritier du sang ? C'est, incontestablement, à l'héritier du grevé, si l'incapacité est postérieure au décès de l'instituant. (V. Pothier, *Des substitutions*, sect. 7, art. 2.)

La solution serait-elle la même si l'incapacité était antérieure au décès de l'instituant ? La question ne peut naître qu'autant qu'il ne naîtrait pas des appelés capables ; je considère qu'il ne faut pas distinguer entre la caducité antérieure et l'incapacité postérieure ; l'institution est soumise à une condition résolutoire irréalisable ; elle vaut comme institution pure et simple.

2° Les substitués renoncent, après ou même avant son ou-

verture, au bénéfice de la substitution ; leur renonciation profite au grevé ou à ses héritiers.

3° La substitution est caduque pour cause d'ingratitude.

Supposons que les faits d'ingratitude ne soient imputables qu'aux appelés : la substitution n'est pas encore ouverte ; les substitués n'ont aucun droit certain ; ils n'ont qu'une espérance, qu'un titre éventuel ; n'importe, ils sont des gratifiés sous une condition suspensive ; ils peuvent être dépouillés, comme ingrats, de leur expectative ; ce n'est pas du grevé qu'ils tiennent leur libéralité conditionnelle ; ce n'est donc pas au grevé qu'il appartient de poursuivre la révocation ; le donateur ou ses héritiers, les héritiers du testateur sont seuls armés de l'action révocatoire ; mais ils n'en auront pas le bénéfice pécuniaire. La caducité, la déchéance, l'incapacité, si l'on veut, profitent au grevé ; les appelés n'ont pas renoncé volontairement sans doute, ils subissent une exclusion pour indignité ; l'institution principale est affranchie de la condition résolutoire, sous la réserve des droits des appelés qui viendraient à naître, parce que ceux-ci ne peuvent pâtir de l'ingratitude de leurs aînés.

La substitution est-elle ouverte ? le droit du grevé est résolu ; les appelés sont propriétaires, et c'est alors qu'ils se rendent coupables d'ingratitude. — Ils n'ont certainement pas d'immunité contre l'action révocatoire ; on doit seulement se demander où ira le profit de cette action ; il n'ira pas aux héritiers du grevé, les substitués sont vraisemblablement les héritiers du grevé ; ils sont ses enfants ; le profit de l'action ira, ou au donateur, ou à ses représentants, ou aux héritiers du testateur.

C'est de la date de l'ingratitude que dépend le résultat.

Il est possible que les faits d'ingratitude ne soient qu'à la charge de l'un des appelés : la substitution n'est-elle pas ouverte, ou, au contraire, est-elle ouverte ? La substitution n'est-elle pas ouverte ? le profit pécuniaire de la révocation arrive au grevé qui, toutefois, ne le garde que provisionnellement en cas de survie des appelés ou d'un des appelés non ingrats ; c'est, en effet, aux appelés capables au moment de sa mort que le grevé doit faire la restitution. Le profit de l'action révocatoire peut donc revenir aux substitués à l'exclusion des ingrats, et en cela l'article 1050 qui veut que la substitution soit com-

mune à tous les enfants du grevé n'est nullement violé; cet article est bien une loi pour le disposant, mais il ne lie pas les petits-enfants ou les neveux et nièces qui restent, chacun pour son compte, libres d'accepter ou de ne pas accepter. L'ingratitude est, à ce point de vue, une sorte de répudiation. L'article 1050 ne garantit pas plus que tous les appelés auront capacité de recevoir qu'il ne garantit qu'ils en auront la volonté.

La substitution est-elle ouverte? la révocation atteint et dépouille, au bénéfice du donateur ou des héritiers du testateur, l'appelé ingrat. Un savant jurisconsulte n'a point, je le pense du moins, distingué le cas d'ouverture et le cas de non-ouverture de la substitution quand il a écrit ceci :

« Est-ce que, dans le cas où la substitution a été faite par testament, la révocation ne pourrait pas être prononcée, après la mort du testateur, sur la demande de ses héritiers, contre l'un des appelés pour cause d'ingratitude, ou pour cause d'inexécution des conditions?

« Sans doute!

« Or on ne voit pas pourquoi la révocation ne pourrait pas être aussi prononcée pour les mêmes causes, sur la demande du donateur, contre l'un des appelés, quand la substitution a été établie par donation entre-vifs, et que, *par une cause extraordinaire, elle s'est ouverte au profit des appelés du vivant du donateur.*

« Et, si cette révocation a été, en effet, prononcée contre l'un des appelés, ce n'est pas conditionnellement et pour un temps, c'est absolument et pour toujours; l'article 1050 n'est en ceci nullement violé : *car la révocation même, que l'appelé a encourue, témoigne qu'il avait recueilli sa part dans la substitution, et que, s'il l'a perdue, c'est par sa faute et par son méfait!* »

Pourquoi, dans le second alinéa, l'auteur paraît-il faire de l'ouverture de la substitution une condition de l'exercice de l'action révocatoire contre un des appelés? — Pourquoi, dans le troisième alinéa, affirme-t-il que la révocation que l'appelé a encourue témoigne qu'il avait reçu sa part dans la substitution? — Pourquoi se demande-t-il si la révocation est prononcée définitivement, ou si elle ne l'est que conditionnellement et pour un temps?

La question que s'adresse l'auteur se comprendrait s'il se

fût occupé de la révocation contre l'un des appelés avant l'ouverture de la substitution. En effet, l'ingrat aurait pu ne pas survivre au grevé, et, partant, il aurait été dépouillé d'une part à laquelle il n'aurait jamais eu droit; dans le système que nous avons exposé, les substitués capables ne sont sujets à aucune perte; ils retrouvent, à la mort du grevé, tout l'émolument de la substitution et ne souffrent nullement de ce que l'action révocatoire s'est adressée à un droit éventuel qui ne s'est pas réalisé.

Il y a là des complications sans doute, mais elles sont dignes d'étude et d'analyse.

Tout ce que nous venons de dire s'applique-t-il à l'action révocatoire pour inexécution des conditions de la donation ou du testament?

La révocation pour inexécution des conditions ne peut bien évidemment être intentée contre les appelés qu'après que la substitution est ouverte, et pour violation des obligations que cette ouverture a fait naître entre eux.

La révocation n'atteint pas nécessairement tous les appelés; elle n'atteint que ceux qui sont en faute; elle est irrévocable au profit du disposant ou de ses représentants.

A. BERTAULD.

## DE LA SUBROGATION AUX DROITS D'HYPOTHÈQUE

### ET DES SOUS-ORDRES.

Par M. Ch. BEUDANT, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite et fin*<sup>1</sup>.)

#### V.

44. Deux causes ont principalement contribué à jeter du vague sur la nature et dès lors sur les effets de la subrogation consentie par un créancier hypothécaire.

<sup>1</sup> V. p. 30 de ce volume.

C'est d'abord la dénomination impropre sous laquelle elle s'est introduite et se maintient dans la pratique. Cette subrogation, tout le monde en convient, n'a qu'une ressemblance nominale avec celle dont s'occupent les articles 1249 et suivants du Code Napoléon. Celle-ci implique un paiement : elle est la substitution d'une personne qui paye au créancier qui est payé ; celle-là n'en implique aucun : la femme qui, selon la formule consacrée, consent une subrogation dans ses droits, reprises, créances et avantages matrimoniaux, utilise comme moyen de crédit, en dehors de tout paiement et sans avoir été désintéressée de ses reprises, le droit éventuel qu'elle a contre son mari. Il se pourrait que les créances de reprises devinssent l'objet d'une subrogation proprement dite, soit que la femme reçût d'un tiers le paiement de ses créances dotales, soit que le mari empruntât à l'effet de la désintéresser (art. 1250 C. Nap.) ; mais pareille opération se produira rarement pendant le mariage, puisque les reprises ne deviennent habituellement exigibles qu'à la dissolution, et c'est au contraire pendant le mariage qu'interviennent le plus souvent les conventions de subrogation à l'hypothèque légale.

Ce que les deux opérations ont de commun, c'est seulement ceci : dans toutes les deux, et c'est ce qui leur a valu la même appellation, un tiers se trouve autorisé à exercer à son profit l'hypothèque dont le créancier pouvait auparavant se prévaloir pour lui-même ; il y a substitution d'une personne à une autre, il y a subrogation dans le sens le plus étendu du mot. Mais là est toute la ressemblance ; au fond comme en la forme, le reste diffère.

45. C'est ensuite la diversité, réelle quelquefois, le plus souvent apparente, des combinaisons confusément désignées dans la pratique sous le nom générique de subrogation. Selon, en effet, que la convention intervient au profit des créanciers du mari, des créanciers de la femme, ou de tiers n'ayant ni le mari ni la femme pour débiteurs, elle affecte des formes diverses, et l'usage lui donne tour à tour et plus spécialement les noms de cession d'antériorité, de renonciation, de promesse d'abstention, de cession d'hypothèque..., etc.

Toute langue est bonne pourvu qu'on la comprenne, et qu'on se comprenne en la parlant ; les mots importent peu si l'on s'accorde sur les idées qu'ils expriment. Mais s'il y a défaut d'entente sur les idées, la pluralité de dénominations conduit

inévitablement à l'ambiguïté de termes qui toujours, et particulièrement dans le langage du droit et des affaires, est une cause de confusion et d'erreur. C'est ce qui est arrivé ici. Pour organiser, dans le silence des textes, la matière des subrogations au droit d'hypothèque, les auteurs et la jurisprudence ont dû appliquer les principes généraux du droit à des hypothèses non prévues par la loi, procéder par rapprochement et induction, en un mot créer par interprétation, ce qui fait la part large aux hasards des impressions individuelles. Ainsi ont surgi des appréciations diverses; et les dénominations, par un phénomène bien connu, se sont d'autant plus multipliées que la notion devenait moins précise et moins claire. Il en est résulté des formules variées, que les praticiens emploient, tantôt isolément, tantôt cumulativement, sans y attacher un sens distinct; à la longue l'incorrection du langage a fini par transformer certaines des combinaisons usitées en véritables énigmes juridiques.

46. En réalité, les conventions relatives à l'hypothèque légale, qu'elles interviennent au profit d'un créancier de la femme, d'un créancier du mari ou d'un tiers, se réduisent à trois : elles sont une mise en gage de la créance hypothécaire (L. 18, D., *De pign. act.*, XIII, 7. — Art. 2074 et 2075 C. Nap.), ou un transport-cession de la créance en reprise à titre de paiement (L. 6, C., *De obligat. et act.*, IV, 10. — Art. 1689 et suiv., 2112 C. Nap.), ou enfin, et c'est de beaucoup la plus fréquente dans la pratique, une cession d'hypothèque ou subrogation, les deux expressions étant ici synonymes (L. du 23 mars 1855, art. 9).

Dans les trois cas le créancier profite exclusivement des garanties hypothécaires de la femme, soit qu'il les fasse valoir accessoirement à la créance cédée ou engagée, soit qu'il les fasse valoir principalement : comme gagiste, il est payé par préférence sur l'émolument de la créance puisqu'il est privilégié (art. 2073 C. Nap.); comme cessionnaire de la créance, il fait valoir un droit qu'il ne partage avec aucun autre et dont il garde dès lors intégralement le produit (art. 1692 C. Nap.); enfin, comme cessionnaire de l'hypothèque, il est substitué au cédant, à l'exclusion de tous autres, dans le bénéfice de cette hypothèque, et il la fait valoir comme si elle eût été constituée à son profit.



Dans chaque espèce on décidera, par l'examen des faits et en interprétant la volonté des parties, laquelle de ces conventions est intervenue; chacune répond à des vues différentes, et satisfait à des situations particulières. Ce n'est pas la qualification plus ou moins exacte employée par les parties, mais leur volonté, telle que la manifestent les circonstances, qui déterminent la nature vraie d'un contrat : *non sermoni res, sed rei sermo subjicitur.*

47. Le nantissement et la cession de créance se reconnaissent à des signes trop précis pour qu'il soit possible de les confondre, soit entre eux, soit avec toute autre opération; ils obéissent à des règles qui leur sont propres, et que la loi détermine.

Quant aux autres combinaisons, quelques formes qu'elles affectent, quelque dénomination qu'on leur donne, elles ne diffèrent entre elles ni au point de vue de leur caractère juridique ni au point de vue de leurs résultats habituels; elles ne sont que des applications diverses d'une seule et même opération. Ce qui varie et les sépare, ce n'est pas le caractère de la convention, ce sont seulement les circonstances dans lesquelles elle intervient. On l'appelle cession d'antériorité, quand le cédant et le cessionnaire, étant tous deux créanciers hypothécaires du même débiteur, dérogent à l'ordre résultant de leurs titres respectifs, et se cèdent réciproquement, en les échangeant, leurs droits hypothécaires; on l'appelle subrogation ou cession, les deux mots sont employés indistinctement l'un pour l'autre, quand elle intervient au profit d'un créancier simplement cédulaire, ou encore d'un créancier dont l'hypothèque ne porte pas sur les biens affectés au subrogeant, par exemple d'un créancier personnel de la femme; on l'appelle renonciation à peu près dans tous les cas, plus spécialement quand elle résulte, soit du concours de la femme ou de tout autre créancier à la vente passée par le mari, ou tout autre débiteur, d'un immeuble à lui appartenant, soit d'un engagement contracté par la femme conjointement et solidairement avec le mari qui constitue hypothèque : c'est la renonciation *in favorem* que, d'un commun accord, on regarde comme translatrice des garanties hypothécaires. Mais quelque forme et quelque nom que lui donne la volonté libre des parties ou qu'imposent les circonstances, la combinaison est toujours

identique; les dénominations changent, car la loi ne prescrit l'emploi d'aucune, et la pratique en offre plusieurs au choix des parties, le fond des choses reste le même<sup>1</sup>.

48. Cela est si vrai que, dans les documents relatifs aux travaux préparatoires de la réforme hypothécaire, les cessions, renonciations et subrogations ont toujours été considérées comme ayant la même nature, comme étant destinées à produire les mêmes effets. Qu'on lise les observations des Cours et des Facultés de droit, le rapport de M. Persil, ceux de MM. de Vatimesnil et Bethmont, plus tard l'exposé de motifs de M. Suiñ et le rapport de M. de Belleyme, enfin les différents projets de lois, et finalement le texte de la loi de 1855 : on ne trouvera signalée aucune différence sensible entre les diverses combinaisons; elles sont si bien considérées comme régies par les mêmes principes, qu'elles sont groupées dans les mêmes textes et soumises aux mêmes règles.

Les commentateurs, portés par la nature même de leurs travaux à l'analyse et aux classifications, semblent, au premier abord, ne pas accepter cette assimilation. Ils isolent habituellement les diverses conventions sous leurs dénominations respectives, les étudient séparément et signalent avec soin ce qui les caractérise et les différencie; cependant, si l'on néglige les particularités résultant des circonstances de fait, on verra qu'ils les regardent toutes comme déduites du même principe et identiques dans leurs effets; comme constituant dès lors, à ne les envisager qu'en elles-mêmes et au point de vue de leurs résultats habituels; un seul et même contrat. En effet, ils admettent d'une part qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les cessions d'hypothèque, ou subrogations, et les renonciations<sup>2</sup>; ils reconnaissent, d'autre part, qu'il n'y a pas de différence entre les cessions d'hypothèque et les cessions d'antériorité<sup>3</sup>;

<sup>1</sup> Le décret du 28 février 1852 (art. 8 et 20) se sert du mot *subrogation*. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 emploie les mots *renonciation* et *cession* dans son premier alinéa; dans le second, le mot générique *subrogation* est pris comme comprenant à la fois la renonciation et la cession.

<sup>2</sup> Comp. Troplong, *Hypothèques*, 4<sup>e</sup> édit., t. II, p. 475, 482, 575; *Transcription*, p. 382. — Aubry et Rau, *Droit civil français*, 3<sup>e</sup> édit., t. II, p. 901. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, n<sup>os</sup> 455, 462, 471, 476. — Mourlon, *Transcription*, p. 585. — Bertauld, *Subrogations à l'hypothèque légale*, p. 96. — Larombière, *Théorie des obligations*, t. III, p. 231, 232, 237, etc.

<sup>3</sup> Troplong, *Transcription*, p. 383. — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 888,

si l'on considère que deux choses égales à une troisième sont égales entre elles, on conclura que les renonciations sont équivalentes aux cessions d'antériorité. C'est-à-dire, en définitive, que toutes ces conventions, différentes si l'on observe les circonstances dans lesquelles elles interviennent, sont identiques et se réduisent à une si l'on envisage leurs éléments constitutifs et leurs résultats pratiques; et il serait fort à souhaiter, pour la rectitude des idées et la sécurité des intérêts engagés, que l'on se déshabitât d'employer des dénominations multiples pour désigner une seule et même opération<sup>1</sup>.

Cette opération unique, dont les diverses combinaisons signalées ne sont que des variétés, c'est la cession d'hypothèque, vulgairement appelée subrogation.

49. Tantôt le créancier subroge son propre créancier. Cette combinaison a dû se produire, par une réaction naturelle, comme conséquence de l'abolition des sous-ordres par le Code de 1806.

Je veux emprunter une somme de... Le prêteur exige une hypothèque que je ne puis lui donner, ou faute d'immeubles, ou faute d'immeubles libres; mais je suis créancier d'un tiers pour pareille somme, avec première hypothèque ou privilège: je subroge, en empruntant, le prêteur dans mon privilège ou mon hypothèque, je le lui cède. De la sorte et par ce procédé, sans immeubles, n'ayant comme fortune que des créances mobilières, je me trouve avoir cependant tous les avantages d'un crédit foncier, et pouvoir les communiquer à ceux envers qui je m'oblige; de son côté le prêteur, auquel son titre primitif n'eût donné qu'un droit de poursuite personnelle contre l'emprunteur, obtient comme subrogé un droit de poursuite hypothécaire contre le débiteur de son débiteur. Il n'y a rien

notes 3 et 7. — Pont, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 460, 461, 475. — Mourlon, *op. cit.*, p. 576, 581, 737. — Bertauld, *op. cit.*, p. 43. — Larombière, *op. cit.*, t. III, p. 228, 232, 237, etc. — Cassat., 9 août 1865 (S., 1865, 1, 447).

<sup>1</sup> Je laisse de côté comme se rattachant, sous certains rapports, à un autre ordre d'idées, les renonciations consenties par la femme, ou par tout autre créancier hypothécaire, en faveur des acquéreurs d'immeubles appartenant soit au mari soit à tout autre débiteur. V. sur ce point, dans l'ancien droit, de Héricourt, *De la vente des immeubles par décret*, ch. 11, sect. 2, n<sup>o</sup> 43. — Domat, *Lois civiles*, L. 3, tit. 2, sect. 1, n<sup>os</sup> 12 à 15; dans le droit actuel: Pont, *Privilèges et hypothèques*, n<sup>os</sup> 465, 484 à 486. — Mourlon, *Transcription*, t. II, p. 592 et suiv.

que de très-ordinaire à ce qu'un immeuble soit ainsi hypothéqué pour une dette qui n'est pas personnelle au propriétaire. La loi prévoit cette situation comme pouvant se produire dès la constitution d'hypothèque (art. 1020, 2077 C. Nap.); elle se présente au surplus toutes les fois que le débiteur aliène l'immeuble qu'il a hypothéqué : l'action personnelle continue d'exister contre l'obligé, l'action hypothécaire est donnée contre le tiers détenteur, et aboutit à une collocation dans l'ordre ouvert sur l'immeuble.

Le résultat pratique de l'opération est alors fort simple : comme créancier, le prêteur aurait pu, aux termes de l'article 1166 du Code Napoléon, exercer les actions de son débiteur; comme subrogé à l'hypothèque, il les exercera dans son intérêt exclusif, et dès lors sera payé par préférence sur la collocation qu'assurerait l'hypothèque, au lieu de n'en profiter qu'au même titre que les autres créanciers de l'emprunteur et concurremment avec eux, ainsi que le voudrait le droit commun (art. 775 C. pr.). Il y a subrogation en ce sens que le créancier est substitué à son débiteur, à l'exclusion de ses cocréanciers, dans le bénéfice qui résulte de l'hypothèque; il est autorisé à la faire valoir dans son intérêt exclusif, comme représentant unique de son débiteur.

50. Tantôt le créancier, la femme mariée par exemple, subroge, non plus son propre créancier, mais le créancier de son débiteur, c'est-à-dire du mari.

L'hypothèque en général, spécialement l'hypothèque légale qui frappe les immeubles présents et futurs, portent une atteinte grave au crédit du débiteur; elles détournent les acquéreurs que menace le droit de suite, elles détournent surtout les prêteurs que menacent les droits de préférence précédemment accordés. Pour le mari l'hypothèque est d'autant plus onéreuse que, jusqu'au dernier jour, c'est-à-dire jusqu'à la liquidation de la société conjugale, les droits de la femme sont indéterminés; et rien n'épouvante le crédit plus que l'incertitude. Si le créancier veut raffermir le crédit ébranlé de son débiteur, et mille circonstances peuvent y engager son intérêt ou même son devoir, il renoncera à ses droits au profit de celui dont ils affaibliraient la confiance, ou plutôt il lui en transférera le bénéfice.

Comme créancier du mari, en supposant qu'il s'agisse d'une

renonciation à l'hypothèque légale, le bénéficiaire a contre son débiteur un droit de poursuite personnelle; comme cessionnaire de l'hypothèque, il peut se prévaloir, pour être payé de ce qui lui est dû, du rang que l'hypothèque légale assurait à la femme, au lieu de ne venir qu'au rang résultant de son titre particulier. Il y a subrogation en ce sens que le créancier est substitué à la femme dans le bénéfice qui résulte pour elle de son hypothèque; il est autorisé à faire valoir à son profit exclusif, comme représentant de la femme, le droit de préférence qu'elle aurait pu réclamer pour elle-même, et à profiter de la collocation qui en est le résultat.

51. Tantôt enfin, quoique la combinaison se présente rarement dans la pratique, le créancier subroge, non plus son propre créancier, non plus le créancier de son débiteur, mais un tiers qui n'a ni l'un ni l'autre pour obligés.

L'hypothèse change; les résultats sont les mêmes et se produisent de la même façon. Quand le créancier subroge son propre créancier, il lui transmet, en les lui cédant, les garanties immobilières qu'il a sur un tiers; quand il subroge le créancier de son débiteur, il lui transmet, en les abdiquant à son profit, les mêmes garanties hypothécaires, afin qu'il les fasse valoir comme si elles lui eussent été accordées à lui-même; quand il subrogera un tiers, celui-ci, investi par son titre propre d'un droit de poursuite personnelle contre son débiteur, aura de plus, comme cessionnaire et représentant du cédant, un droit de poursuite hypothécaire contre l'immeuble hypothéqué.

Il n'y a rien que de très-naturel, dirons-nous ici comme tout à l'heure, à ce qu'un immeuble soit hypothéqué pour la dette d'autrui; la position du débiteur du cédant est alors celle d'un tiers détenteur : l'un et l'autre sont tenus hypothécairement, sans être tenus personnellement.

52. Dans tous les cas le subrogé fait valoir à son profit exclusif l'hypothèque du créancier cédant, de la femme s'il s'agit de subrogation à l'hypothèque légale : ici, afin d'être payé par préférence sur l'émolument à provenir de l'exercice des reprises; là, afin d'être colloqué, pour ce qui lui est dû, au rang que l'hypothèque légale assurait à la femme sur les biens du mari. Dans tous les cas, que la convention ait pris les formes de la subrogation, de la cession ou de la renoncia-

tion, l'hypothèque passe au service du bénéficiaire : il y a cession d'hypothèque <sup>1</sup>.

Est-ce à dire que les conventions relatives à l'hypothèque légale, ou à toute autre hypothèque, *mutatis mutandis*, produi-

<sup>1</sup> M. Benech, analysant les divers traités auxquels l'usage donne les noms de cession, subrogation, renonciation, etc., les regarde tous, pour des raisons diverses, comme entachés de nullité; aucun ne réunit, d'après lui, les conditions de validité qu'exigerait l'acte juridique dont il affecte l'apparence et emprunte le nom. Dans l'acte auquel la pratique donne le nom de subrogation à l'hypothèque légale, la doctrine ne saurait voir : ni une cession de créance (*le Nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme*, p. 9), ni une subrogation (p. 16), ni une constitution implicite de gage (p. 22), ni enfin une cession d'hypothèque (p. 43); tout au plus peut-on admettre la convention comme étant une cession de rang (p. 77), les autres combinaisons s'évanouissent dès qu'on les analyse au point de vue juridique, *nulla est, cum sit velut umbra et corpus sine animâ*.

Le savant et regrettable professeur se proposait, en renversant ainsi, ou en essayant de renverser les idées reçues jusqu'à lui, de préparer le terrain pour une doctrine nouvelle; il la présente au surplus, moins comme une interprétation de la combinaison consacrée par la coutume, que comme un projet à sanctionner. Ce projet consisterait à n'autoriser la femme mariée à tirer crédit de ses droits et reprises qu'au moyen du nantissement, dans les formes et sous les conditions du droit commun (p. 78 et suiv.).

Dans l'examen des systèmes proposés jusqu'à lui, de même que dans l'élaboration du projet qu'il présente, M. Benech oublie deux choses : la première est que, quand il s'agit d'apprécier une convention née de la coutume et de la pratique, il y a anomalie à se mettre en opposition complète avec la doctrine et la jurisprudence, telles qu'elles se sont développées sous l'influence des faits; la seconde est que, dans la réglementation d'une coutume, il importe avant tout de chercher le but en vue duquel elle s'est développée, de même que dans l'interprétation d'un contrat il faut donner satisfaction à l'intention des parties. Or si l'usage des subrogations à l'hypothèque légale s'est introduit en dehors et à côté du nantissement, c'est que le nantissement, fort utile parfois, serait, dans bien des cas, tout à fait insuffisant. La rédaction de l'écrit exigé par l'article 2075 du Code Napoléon serait à la rigueur possible; la remise des titres au créancier (art. 2076 C. Nap.) ne le serait presque jamais, puisque les créances de la femme restent indéterminées, la plupart du temps, jusqu'à la liquidation. Quand la femme subroge un tiers dans ses droits et reprises, elle entend le mettre en son lieu et place avec toute la généralité que comportent ses droits, elle entend lui conférer les effets futurs de son hypothèque tout comme les effets dans les causes existeraient au moment de l'obligation; tellement qu'il a été jugé que la subrogation est valable et efficace dans le cas où la femme, n'ayant aucune créance contre son mari au moment de l'obligation, se trouve en avoir ultérieurement acquises avant la liquidation (Orléans, 12 juillet 1854; Sirey, 54, 2, 561. — Metz, 22 janvier 1856; *id.*,

ont toujours et identiquement les mêmes effets? Nullement. Les circonstances variées dans lesquelles elles peuvent intervenir agiront forcément sur les résultats qui en découlent; les nuances d'espèces exercent très-légitimement une grande part d'action dans l'application du droit civil. De plus, ici comme en toute matière, les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 C. Nap.). Si la volonté des parties est certaine et licite, elle doit être obéie; c'est elle particulièrement qui déterminera l'étendue de la cession, et la fera porter tantôt sur certains droits de la femme nommément indiqués, tantôt sur l'ensemble de ces droits, tantôt sur ceux dont les causes existent au moment de la cession, tantôt enfin, ainsi qu'il arrive le plus souvent, sur les droits actuels et futurs; tels qu'ils sont et pourront être au moment de la liquidation (art. 1130 C. Nap.). La doctrine générale laisse nécessairement en dehors de ses prévisions ces questions de fait et d'interprétation de volonté; la loi ne peut avoir la prétention de prévoir les nuances que les partis seuls connaissent, et dès lors les tempéraments variés qu'il peut convenir, selon les cas, d'apporter au droit commun, qui n'en reste pas moins toujours le même.

53. Qu'est-ce maintenant que cette cession d'hypothèque, quels sont exactement ses caractères juridiques et ses effets? La réponse est difficile; les systèmes abondent, et chacun a la sienne. L'opération n'est pas, comme le transport-cession ou la mise en gage de la créance, définie et réglementée par la loi, elle est née des circonstances et s'est développée par l'usage; or, dans une matière où rien n'a été légalement réglé, il n'est pas étonnant qu'on ne trouve que difficilement les éléments d'un principe dirigeant: la doctrine ne peut chercher un point d'appui que dans l'observation et l'analyse des faits, et chacun les voit et les juge sous le jour qui lui convient. Toujours est-il que jusqu'ici aucun système n'a eu l'autorité de prévaloir et de s'imposer.

Cependant, malgré l'incertitude qui règne sur les éléments

56, 2, 395. — Lyon, 28 août 1857; *id.*, 57, 2, 671). Jamais le nantissement ne réalisera pareil résultat.

Le principal obstacle à l'admission des idées de M. Benech est donc qu'il propose, comme réglementation d'une coutume, quelque chose qui n'est ni ce que l'usage a introduit ni ce qu'il réclame.

constitutifs de la convention connue sous le nom de cession d'hypothèque, on s'accorde sur quelques-uns de ses caractères ou du moins de ses effets.

54. Tout d'abord elle déplace l'hypothèque, mais elle ne l'éteint pas; le bénéfice en est seulement transporté à un tiers. Aussi on admet généralement que les articles 2144 et 2145 du Code Napoléon ne sont pas applicables aux subrogations consenties par la femme sous forme de renonciation<sup>1</sup>. Ces articles, en effet, ne s'occupent que des renonciations qui impliquent l'extinction de l'hypothèque et sa radiation dans l'intérêt du mari seul; et la présence d'un tiers change complètement la situation.

55. En second lieu, le créancier n'épuise pas ses droits en les cédant; il ne les abdique que conditionnellement, pour le cas où en s'en prévalant lui-même il nuirait au cessionnaire avec lequel il a traité, et seulement dans la limite de l'intérêt de celui-ci. Or de là découlent deux conséquences importantes.

D'abord le créancier hypothécaire peut consentir plusieurs subrogations successives; c'est ce qu'a reconnu, à propos de l'hypothèque légale des femmes, l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. En principe, et à moins de convention contraire, chaque cession comprend les effets futurs aussi bien que les effets présents de l'hypothèque; il n'y a pas à distinguer si les créances qu'elle garantit en définitive sont antérieures ou postérieures. La femme transmet les droits qu'elle a et pourra avoir; elle cède son hypothèque telle qu'elle est et deviendra. Dès lors s'il existe plusieurs subrogations successives, chaque cessionnaire est investi des droits qui restent au cédant au jour de la cession, c'est-à-dire de la portion de droits que n'absorberont pas les précédents cessionnaires lors de la liquidation.

Ensuite le créancier hypothécaire, pour spécifier davantage, conserve éventuellement, malgré la cession de la femme, le bénéfice de son hypothèque; elle ne l'abdique que dans la limite de l'intérêt du subrogé. S'il réalise ses droits sans s'en prévaloir ou sans en absorber l'étendue, par exemple si ses droits n'atteignent pas le chiffre des reprises, ou bien, dans le cas où il est créancier du mari, si celui-ci le désinté-

<sup>1</sup> Sirey, *Jurisprudence générale*. v° *Hypothèque légale*, n° 222 et suiv. — *Junge Cassat.*, 26 avril 1864 (S., 1864, 1, 396).



resse avec des ressources à lui propres, la femme en recouvre le bénéfice dans les limites de ce qui n'a pas été utilisé ou intégralement, sans qu'il soit besoin d'aucune rétrocession. C'est seulement dans le cas contraire que l'abdication devient définitive. Si le subrogé ne réalise ses droits qu'en se prévalant de l'hypothèque, par exemple en venant à l'ordre ouvert sur l'immeuble du mari, l'effet de l'hypothèque est épuisé; nul n'en peut plus invoquer le bénéfice<sup>1</sup>. Après la liquidation deux hypothèses sont alors à prévoir. Le subrogé était-il un créancier de la femme, ou un tiers n'ayant pas le mari pour débiteur : la femme ne peut plus réclamer ce qu'elle a reçu par l'intermédiaire de son ayant cause ou de son délégué; le mari imputera sur ce qu'il lui devait ce qu'il a payé pour elle ou sur sa délégation, il s'opère une compensation qui le libère jusqu'à due concurrence<sup>2</sup>. Le subrogé était-il un créancier du mari : la femme n'a plus, pour le recouvrement de ce qui lui est dû, la situation privilégiée dont elle a transféré l'avantage à autrui; cependant, comme à l'égard de son mari elle n'est jamais réputée que simple caution, même quand elle s'est obligée solidairement (art. 1431 C. Nap.), elle aura recours par l'action du créancier désintéressé (art. 1251-3°. — Comp. Cassat., 30 décembre 1844; Sirey, 45, 1, 367), ou par l'action

<sup>1</sup> La Cour de Paris, par arrêt du 27 mai 1848 (S., 1849, 2, 283), a cependant jugé que la femme peut se faire colloquer sur le prix des immeubles restant à distribuer, même si les collocations attribuées déjà aux subrogés équivalent au montant des reprises.

Cette solution est inadmissible. L'hypothèque est éteinte quand elle a servi; les créanciers ne peuvent être primés par elle qu'une fois, jusqu'à concurrence des sommes qu'elle conserve; il ne faut pas qu'elle fasse double emploi et garantisse ainsi deux créances. La femme, puisqu'il s'agissait d'elle dans l'espèce, ne peut pas faire profiter un tiers de son hypothèque et la conserver en même temps pour elle-même, s'en prévaloir quand le subrogé s'en est prévalu lui-même et en a épuisé le bénéfice. V. cependant Gaultier, *Traité de la subrogation des personnes*, p. 617.

C'est à tort que l'annotateur de l'arrêt signale, comme ayant jugé dans le même sens, un arrêt de cassation du 20 août 1816; il statue sur une tout autre question (Sirey, col. n. t. V, 1, 232).

<sup>2</sup> Il en était ainsi dans le *pignus pignoris* des Romains. « Si quidem pecuniam debet is cujus nomen pignori datum sit, exactâ eâ, creditorem secum pensaturum » (L. 13, § 2, D., *De pign. et hypoth.*, XX, 1); *adde* L. 18, pr. D., *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 1, C., *Si pign. dotum sit*, VIII, 14.

de gestion d'affaires avec hypothèque du jour de l'obligation (art. 2135-2°, n° 3, C. Nap.). Tout autre créancier hypothécaire qui aurait ainsi subrogé un créancier de son débiteur serait dans la même position, sauf l'application des règles spéciales aux droits des femmes.

56. Enfin le créancier hypothécaire, en cédant ses droits, ne les transmet jamais que dans la mesure où il aurait pu les exercer lui-même, et sous les mêmes conditions; la convention qui intervient entre lui et le subrogé n'a d'effet qu'entre eux, elle ne peut nuire ni au débiteur ni aux ayants cause de celui-ci. Ainsi, les subrogés ne peuvent se prévaloir de l'hypothèque légale qu'à la charge de prouver que la femme a des créances contre son mari, et d'en établir le chiffre; ils ne peuvent la faire valoir qu'au jour de l'exigibilité des reprises, c'est-à-dire à la dissolution du mariage ou à la séparation de biens, comme la femme, excepté dans les cas où elle serait elle-même autorisée à exercer ses reprises par mesure conservatoire, ou au cas de déconfiture du mari (art. 1446-2° C. Nap.); enfin ils ne peuvent venir à l'ordre ouvert sur l'immeuble du mari, quel que soit leur nombre et le chiffre de leurs créances, que jusqu'à concurrence du montant des reprises : pour le surplus la subrogation n'a rien changé à leur situation première.

M. Bertauld se donne un facile triomphe, car il s'en prend à un fantôme créé à plaisir quand il dit : « Comment admettre que la femme qui a une hypothèque pour une reprise de 20,000 francs, sur dix immeubles, valant chacun 20,000 francs, pourra, en gardant son droit de préférence pour 20,000 francs sur un des immeubles, créer neuf autres droits similaires de préférence pour 20,000 francs <sup>1</sup>. » Ce sont

<sup>1</sup> *Traité de la subrogation*, p. 40. — Cette préoccupation étrange et sans fondement a eu cependant, en 1850, lors du projet de réforme hypothécaire, une influence décisive : c'est elle qui fit écarter le projet présenté par M. Persil, au nom du gouvernement, et motiva les contre-projets des commissions du Conseil d'État et de l'Assemblée législative (V. *infra*, n° 71). M. de Vatimesnil, dans son rapport au nom de la Commission de l'Assemblée, disait en effet : « La commission ne croit pas devoir accepter ce genre de cession, qui lui paraît . . . sujet à de graves inconvénients . . . Car, dans le système que nous combattons, le créancier qui aurait hypothèque sur plusieurs immeubles pourrait, en conservant sa créance et son hypothèque sur un des immeubles, faire une sorte de trafic très-fâcheux de cette même

là des inconvénients chimériques ; la doctrine à laquelle M. Bertauld les impute ne les consacre aucunement, pas plus que celle qu'il propose et défend. Le mari ne peut être, en présence des subrogés, dans une position pire qu'en présence de la femme ; la cession ne peut donner à l'hypothèque, aux mains des subrogés, plus d'étendue qu'elle n'en avait entre les mains de la femme. Si un ou plusieurs subrogés en épuisent l'effet, les subrogés ultérieurs n'ont plus qu'une garantie stérile ; ce que les subrogés ont reçu du chef de la femme, celle-ci ne peut plus, dans aucun cas, le recevoir en vertu d'une hypothèque dont l'effet est épuisé. Dans l'hypothèse indiquée par M. Bertauld, quoique le mari possède dix immeubles de 20,000 francs, la femme ne peut transférer son hypothèque légale que jusqu'à concurrence de 20,000 francs, chiffre de ses reprises ; et quand les cessionnaires l'auront utilisée pour pareille somme, la femme ne pourra, pour elle-même, se prévaloir d'un droit qui n'est plus. La raison en est simple : l'hypothèque légale, établie pour sûreté des reprises, reçoit de la loi et des circonstances une mesure qu'il n'est pas au pouvoir du créancier d'élargir ; et l'on ne cède que ce que l'on a. Dans ces limites, la subrogation ne nuit pas au débiteur : ses immeubles ne sont toujours affectés qu'au paiement de la même somme ; elle ne nuit pas aux ayants cause du débiteur : il leur est indifférent d'être primés par la femme ou par son subrogé, dès qu'ils ne le sont qu'une fois <sup>1</sup>.

57. Si l'on est généralement d'accord sur ces trois points, on l'est moins quand il s'agit de déterminer la nature vraie et l'objet précis de la convention. La subrogation opère un déplacement ; elle met le subrogé au lieu et place du subrogeant ; il y a, en un mot, mutation de droit. Mais quel droit est trans-

hypothèque, en tant qu'elle frapperait sur les autres immeubles. » (Rapport du 25 août 1850, p. 86.)

<sup>1</sup> La subrogation n'est cependant pas toujours indifférente aux créanciers du débiteur. En effet, la femme qui garantit l'obligation hypothécaire consentie par le mari, ce qui vaut subrogation au profit du créancier, acquiert une hypothèque par le fait seul de son engagement (Art. 2135-2°, C. Nap.). A la place du rang qu'elle perd, elle en obtient donc un nouveau ; et l'hypothèque légale peut ainsi, par suite de la subrogation, garantir deux fois le montant des reprises ce qui expose les créanciers du mari à un véritable piège. Comp. Larombière, *Théorie d'obligations*, t. III, p. 249. — V. sur une espèce analogue, Req. rej. 20 mai 1856 ; Sirey, 56, 1, 595.

fééré? Est-ce la garantie hypothécaire qui se détache de la créance dotale, laquelle reste à la femme, pour devenir la dépendance et l'accessoire de la créance appartenant au cessionnaire? Est-ce au contraire la créance hypothécaire elle-même, ou, pour parler plus exactement, le droit aux reprises en général tel qu'il est au jour de la cession et pourra être au jour de la liquidation, qui passe, à titre de *datio in solutum*, entre les mains du subrogé, y compris l'hypothèque qui en assure le recouvrement? En un mot l'objet de la convention est-il l'hypothèque seule, ou la créance hypothécaire?

Le cessionnaire, tout le monde est d'accord sur ce point, obtient le droit de faire valoir à son profit l'hypothèque du cédant. Mais ce résultat, commun à tous les systèmes, peut s'expliquer de deux manières : il peut être produit, ou par le transport, au profit du cessionnaire, de la créance en reprise (art. 1692 C. Nap.), ou par le transport de l'hypothèque seule. Reste à savoir laquelle de ces deux manières d'envisager la situation doit être préférée; les appellations dont la loi et l'usage se servent les autorisent également toutes deux.

58. Quelques auteurs condamnent comme par une fin de non-recevoir, en niant alors toute efficacité possible à l'opération, le système de la cession isolée de l'hypothèque. « La cession d'un privilège ou d'une hypothèque, disent MM. Aubry et Rau, ne peut être d'aucune utilité au cessionnaire, si elle ne lui confère virtuellement le droit de faire valoir la créance du cédant. Cela est de toute évidence, quand le cessionnaire n'est pas de son propre chef créancier du débiteur cédé; et cela n'est pas moins certain dans le cas où il a une créance personnelle sur ce dernier, parce que, dans cette hypothèse même, il ne pourra jamais exercer le privilège ou l'hypothèque qu'à raison de la créance pour sûreté de laquelle ils ont été établis<sup>1</sup>. »

Il nous semble que ces affirmations n'ont pas d'autre valeur que celle que peut leur prêter la préoccupation d'un point de vue exclusif.

D'abord rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque porte sur l'immeuble d'un tiers autre que le débiteur, et dès lors à ce que le droit de poursuite hypothécaire ne concorde pas avec le droit de poursuite personnelle. MM. Aubry et Rau prévoient

<sup>1</sup> *Droit civil*, t. II, p. 887. note 2. — Comp. Bertauld, *Traité de la subrogation*, p. 21.

cette hypothèse, et disent fort bien à ce propos : « La position de ce tiers présente... une parfaite analogie avec celle du tiers détenteur, en tant que l'un et l'autre ne sont que hypothécairement, et non personnellement obligés <sup>1</sup>. Si la situation est admissible au moment de la constitution d'hypothèque (art. 1020 et 2077 C. Nap.), pourquoi cesserait-elle de l'être alors qu'elle résulte de la subrogation ?

Spécialement, dans les deux hypothèses prévues, l'objection présentée par les savants professeurs n'est pas fondée. En effet, si le cessionnaire n'est pas de son propre chef créancier du débiteur cédé, c'est-à-dire dans le cas où il s'agit de subrogation à l'hypothèque légale, s'il est un créancier de la femme, ce n'est pas de la cession qu'il peut tirer le droit de faire valoir la créance du cédant; il l'a déjà : l'article 1166 du Code Napoléon le lui confère, indépendamment de toute cession conventionnelle. Si le cessionnaire au contraire a le mari pour obligé, la cession ne saurait avoir pour résultat prévu par les parties de lui conférer un droit de poursuite personnelle qu'il a de son propre chef; elle ne lui confère que le droit qui découle directement de l'hypothèque et qu'avait le cédant indépendamment et en outre de sa qualité de créancier : celui d'être colloqué dans l'ordre au rang de l'hypothèque.

Dans les deux cas la cession peut ainsi être utile au cessionnaire sans lui transmettre le droit de faire valoir la créance du cédant, c'est-à-dire sans porter sur la créance même : ici elle modifie les résultats habituels de l'application de l'article 1166 du Code Napoléon, en autorisant le cessionnaire à exercer les droits de sa débitrice dans son intérêt exclusif au lieu de n'en profiter que concurremment avec ses cocréanciers; là elle confère à un des créanciers du mari, comme sûreté de sa propre créance, le droit de collocation, en d'autres termes le rang qui appartenait à la femme.

59. Aussi, avant la loi du 23 mars 1855, la lutte était vive entre les deux systèmes. D'un côté MM. Zachariæ <sup>2</sup>, Championnière et Rigaud <sup>3</sup>, et Valette <sup>4</sup> admettaient la validité de la

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 886; V. aussi a. 713.

<sup>2</sup> *Handbuch des französischen civilrechts*, § 288.

<sup>3</sup> *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, n° 1135.

<sup>4</sup> *Traité des privilèges et hypothèques*, p. 209 et suiv.

cession d'hypothèque sans la créance garantie; d'autre part, Proudhon <sup>1</sup>, MM. Aubry et Rau <sup>2</sup>, Mourlon <sup>3</sup>, Gaultier <sup>4</sup>, Bertauld <sup>5</sup>..., etc., quoique leurs doctrines respectives présentassent des divergences notables, s'accordaient à n'admettre la cession d'hypothèque que conjointement avec la créance garantie. Sur trois Facultés qui, dans l'enquête de 1843, avaient exprimé leur avis sur la question, une seule, celle de Rennes, se prononçait pour la cession de l'hypothèque sans la créance; les deux autres, celles de Caen et Strasbourg, s'étaient ralliées à la doctrine opposée <sup>6</sup>.

Or ce n'est pas là une question de pure spéculation juridique, quoi qu'en dise M. Benech qui la qualifie de « purement théorique <sup>7</sup>; » selon que l'on admettra l'un ou l'autre des deux systèmes, la convention de subrogation sera soumise à des règles de forme particulières, elle produira des effets différents, parfois opposés.

60. Si la cession a pour objet la créance hypothécaire, le droit aux reprises, elle n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été signifiée au débiteur, ou acceptée par lui; l'article 1690 du Code Napoléon doit être appliqué, en même temps que l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Si au contraire la cession a pour objet, non la créance, mais l'hypothèque seule, l'article 1690 du Code Napoléon cesse d'être applicable; il ne prévoit pas l'opération.

61. En second lieu, si la cession porte sur la créance elle-même, le subrogé est investi de l'action personnelle qu'aurait eue le créancier cédant contre le débiteur; de là plusieurs conséquences qu'il serait superflu d'indiquer ici. Spécialement, le subrogé, même si la subrogation intervient au profit d'un tiers qui n'est pas créancier du mari, pourra, comme tout autre créancier, prendre part à la distribution du prix des meubles du mari : il a la plénitude des droits de la femme. Si au contraire l'hypothèque seule est cédée, le subrogé n'obtient

<sup>1</sup> *Traité des droits d'usufruit et d'usage*, n° 2336.

<sup>2</sup> *Droit civil français*, 2<sup>e</sup> édit., t. II, p. 214; 3<sup>e</sup> édit., t. II, p. 887.

<sup>3</sup> *Traité de la subrogation*, p. 585.

<sup>4</sup> *De la subrogation des personnes*, p. 594.

<sup>5</sup> *De la subrogation à l'hypothèque légale*, p. 21 et suiv.

<sup>6</sup> *Documents sur le régime hypothécaire*, t. II, p. 464, 471; t. III, p. 403.

<sup>7</sup> *Le nantissement...*, p. 43.

de la cession qu'un droit de collocation hypothécaire; il n'a droit de poursuite personnelle que contre son propre débiteur, il ne peut agir contre le mari que hypothécairement.

62. En troisième lieu, et c'est la différence la plus notable, l'une des deux doctrines donne à la subrogation une efficacité que l'autre lui refuse.

Si la cession a pour objet les reprises de la femme, les droits dont le subrogé devient titulaire sont désormais, à partir du jour où le transfert aura été accepté et signifié, à l'abri de toute cause d'extinction provenant du chef de la femme; car dès que la cession est parfaite, la créance réside en la personne du cessionnaire, et n'est plus périssable du chef du cédant (art. 1242, 1295, 1298 C. Nap.). Dans la limite de la cession, telle que la convention l'établit, la femme devient totalement et irrévocablement étrangère au rapport d'obligation qui existe désormais entre le cédé et le cessionnaire; elle cesse d'être créancière et ne peut plus disposer de ses droits ni les anéantir. Dès lors si elle a cédé d'une manière générale et sans spécifier, ainsi qu'il arrive le plus souvent, ses droits, reprises, créances et avantages matrimoniaux, elle ne pourra plus accepter, soit un remploi (art. 1435 C. Nap.), soit une *datio in solutum* (art. 1525-2° et 3° C. Nap.); elle ne pourra plus consentir aucune cession-transport; dès lors encore ni compensation, si la femme devient débitrice du mari, ni confusion, si elle ou ses héritiers succèdent au mari, ni remise de dette..., etc., ne pourront plus avoir lieu du chef de la femme que sous réserve des droits acquis au cessionnaire. L'opération réalise dès le début des effets définitifs; le subrogé, exerçant les droits dont il a été investi, n'est pas soumis aux exceptions qui eussent été opposables à la femme par suite de faits ultérieurement accomplis.

Si au contraire la cession ne porte que sur l'hypothèque seule, les droits du subrogé subissent les vicissitudes par lesquelles passent, après la subrogation, les reprises de la femme; il ne sera colloqué au rang de l'hypothèque légale, même dans la mesure des reprises dont les causes existaient au moment de la cession, que si la femme a des droits à exercer contre son mari lors de la liquidation. La femme, en effet, est demeurée créancière; et l'hypothèque légale ne cesse pas, aux mains du subrogé, de rester l'accessoire de la créance dotale. Il y a

ici quelque chose d'analogue à ce qui se passe au cas de cession d'usufruit : le cessionnaire devient bien titulaire du droit cédé, mais ce droit, *personæ inherens*, ne peut avoir chez le cessionnaire un autre caractère ni d'autres conditions d'existence et de durée que chez le cédant; de même le cessionnaire de l'hypothèque devient bien titulaire du droit cédé, mais ce droit, *nomini inherens*, demeure subordonné à l'existence ultérieure de la créance. Sans cela la position du débiteur, comme celle du nu-proprétaire, seraient modifiées à leur préjudice et sans leur assentiment, ce qui est inadmissible. Qu'on l'observe bien : la femme, en consentant une subrogation, ne transmet pas une hypothèque telle quelle au subrogé, elle lui transmet son hypothèque telle que la loi la lui donne; or l'hypothèque légale est un droit éventuel, qui ne se réalise que si la femme a des reprises à exercer : donc le subrogé ne peut s'en prévaloir que sous cette condition. S'il en est autrement quand la créance même est cédée, c'est que, la femme devenant alors étrangère au rapport d'obligation, le sort de l'hypothèque ne dépend plus que de celui de la créance qui est devenue créance du cessionnaire; telle est du moins la décision de la loi (articles 1242, 1295, 1298 C. Nap.). Mais dès que l'hypothèque seule est cédée, l'accessoire, aux mains du subrogé, ne peut survivre au principal demeuré aux mains du subrogeant; le subrogé n'est saisi que d'un droit indéterminé, précaire, subordonné aux résultats de la liquidation à intervenir. Si donc les droits de la femme viennent à s'éteindre, et que la liquidation soit pour elle négative, soit par l'effet d'un remploi (art. 1435 C. Nap.), soit par l'effet d'une dation en paiement (art. 1595-2° et 3° C. Nap.), soit enfin par l'effet d'une compensation ou d'une confusion, la subrogation perd son efficacité, le droit qu'elle avait transféré s'évanouissant (article 2180-2° C. Nap.)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MM. Aubry et Rau alternent ici nos déductions et regardent comme conséquence de l'un des systèmes ce que nous attribuons à l'autre. En effet, parlant des auteurs qui admettent la cession d'hypothèque séparément de la créance, ils s'expriment ainsi : « Leur opinion conduirait logiquement à décider que l'hypothèque cédée séparément de la créance en vue de laquelle elle a été établie, est désormais indépendante du sort de cette créance, et doit survivre à son extinction. » (*Droit civil*, t. II, p. 887.)

Ces quelques lignes nous ont arrêté longtemps; la parole de tels maîtres



63. Il importe donc d'opter entre les deux systèmes. Que l'on hésite à adopter l'un plutôt que l'autre, nous le comprenons; les indécisions de la doctrine ne nous surprennent point. Mais ce que nous comprenons moins, c'est que, adoptant l'un des principes, on en déduise les conséquences du principe opposé.

C'est cependant ce qu'a fait la chambre des Requêtes dans l'arrêt de rejet du 25 janvier 1853. De l'idée que l'hypothèque n'est pas séparable de la créance, et que la cession a dès lors pour objet la créance hypothécaire, elle conclut que le mari peut opposer au subrogé, requérant collocation, toutes les exceptions qui eussent été opposables à la femme par suite de faits postérieurs à la cession<sup>1</sup>. L'argument et la thèse sont ici en contradiction manifeste; que deviennent alors les articles 1242, 1295, 1298 du Code Napoléon?

La jurisprudence offre un grand nombre de décisions semblables; c'est pour cela qu'il est difficile de dire, en définitive, quel système elle consacre: elle est éclectique. Le principe que la cession de l'hypothèque sans la créance est impossible y prédomine<sup>2</sup>; cependant l'usage admet: 1° que la subrogation n'a pas besoin, pour produire ses effets, d'être acceptée par le débiteur ou de lui être signifiée; 2° que le cessionnaire n'a pas le droit de participer à la distribution du prix des meubles du débiteur; 3° que toutes les exceptions qui eussent été opposa-

a pour nous tant d'autorité, que nous avons peine à nous croire dans le vrai quand elle nous condamne. Nous restons cependant convaincu que MM. Aubry et Rau ont cédé ici à quelque illusion de l'esprit, et que leur proposition, qui n'a du reste aucune influence sur leur doctrine particulière, est contraire aux lois de la logique; la proposition inverse est seule vraie. Ne le reconnaissent-ils pas eux-mêmes, quelques pages plus loin, quand, parlant de la doctrine opposée, ils la signalent comme tendant « à attacher à la subrogation une efficacité indépendante du sort de la créance du subrogeant. » (P. 890, not. 8.)

<sup>1</sup> Sirey, 1853, 1, 423.

<sup>2</sup> Ce principe est rappelé dans un grand nombre de décisions, depuis un arrêt de Nîmes du 11 décembre 1809 (S., col. n. t. III, 2, 158) jusqu'aux arrêts de rejet des 25 janvier 1853 (S., 1853, 1, 423) et 20 mai 1856 (S., 1856, 1, 595). — On peut voir cependant, en sens contraire, Bourges, 20 juillet 1832 (S., 1833, 2, 626); Caen, 11 mars 1854 (S., 1855, 2, 69). La Cour de Caen, dans ce dernier arrêt, a poussé la thèse aussi loin que possible, en décidant que le privilège lui-même, c'est-à-dire une cause de préférence qui tient à la qualité de la créance, peut être cédé sans la créance.

bles du chef du cédant, pour faits postérieurs à la cession, sont opposables au cessionnaire <sup>1</sup>; et je ne doute pas, quoique je ne connaisse pas de décision judiciaire sur ces points, qu'une cession de créance déterminée consentie par la femme postérieure à une subrogation générale, ne fût validée, de même qu'un remploi ou une *datio in solutum* acceptés par elle.

64. Il est assez remarquable que M. Bertauld, en adoptant le même point de départ que la jurisprudence, arrive, sur toutes les questions de détail, à des conclusions opposées. Il admet que la cession a toujours pour objet la créance elle-même, que la cession de l'hypothèque seule n'est autorisée ni par la raison ni par la loi <sup>2</sup>; et c'est comme conséquence de cette doctrine qu'il décide : 1° que la subrogation, pour produire son effet à l'égard des tiers, a besoin d'être signifiée au débiteur ou acceptée par lui <sup>3</sup>; 2° que le cessionnaire a le droit de participer à la distribution du prix des meubles du mari <sup>4</sup>; 3° que le subrogé a un droit désormais indépendant du sort que les faits postérieurs eussent réservé à la créance aux mains du cédant <sup>5</sup>.

Nous tenons le principe adopté par M. Bertauld comme erroné, mais ses déductions nous paraissent inattaquables; c'est assez dire qu'en souscrivant aux solutions de la jurisprudence, nous regardons ses déductions comme contraires aux lois de logique judiciaire.

65. M. Mourlon, quoiqu'il s'en défende, nous semble mériter le même reproche en sens inverse. Dans son *Traité sur la loi du 23 mars 1855*, il abandonne le système qu'il avait précédemment adopté dans son *Traité des subrogations*; il admet que l'hypothèque peut être cédée principalement, indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire <sup>6</sup>. Cependant il

<sup>1</sup> Req. rej. 30 avril 1849 (S., 49, 1, 465); Req. rej. 25 janvier 1853 (S., 53, 1, 423); Orléans, 16 mars 1849 (49, 2, 449); Paris, 3 février 1855 (S., 55, 2, 307). — *Secus* Toulouse, 22 février 1859, en note d'un arrêt de cassation du 17 janvier 1860 (S., 61, 1, 881).

<sup>2</sup> *De la subrogation à l'hypothèque légale*, p. 21.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 171. — *Sic* Larombière, *Théorie des obligations*, t. III, p. 228, 231, 252.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 224. — *Sic* Larombière, *op. cit.*, t. III, p. 230.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 207.

<sup>6</sup> T. II, p. 531 et 565.

résout en faveur du subrogé, c'est-à-dire négativement, la question de savoir si les droits du cessionnaire peuvent s'évanouir par suite de faits qui ne s'accomplissent qu'après la subrogation<sup>1</sup>. Or observe très-bien M. Bertauld, « si, comme M. Mourlon l'a écrit sous le n° 909, la propriété des créances en reprise engagées par la femme continue de résider en la personne de la femme, il est difficile de protéger l'ayant cause non approprié contre les éventualités qui pourront libérer le débiteur vis-à-vis de la subrogeante demeurée créancière<sup>2</sup>. »

Comment M. Mourlon, dialecticien si habile et si ferme, a-t-il commis cette méprise? C'est qu'il n'est que le partisan du lendemain du système qui admet la cession de l'hypothèque seule; il n'a pas tout à fait dépouillé le vieil homme, et il tient encore, tout en admettant la véritable cession, pour cette opération hétérogène qu'il appelle la cession à titre de nantissement<sup>3</sup>.

66. Nous mettons à part le système de MM. Aubry et Rau. Avec M. Bertauld ils nient énergiquement la possibilité de disjoindre l'hypothèque et de la céder isolément<sup>4</sup>; avec la jurisprudence ils décident : 1° que la cession, pour être opposable au tiers, n'a besoin d'être ni signifiée ni acceptée<sup>5</sup>; que le cessionnaire ne peut prétendre qu'à une collocation hypothécaire, et n'a aucun droit sur le prix des meubles du cédé<sup>6</sup>; enfin que la subrogation est subordonnée à la double condition que la femme se trouve, au moment où il s'agit de la faire valoir, créancière de son mari, et que son hypothèque ait été conservée<sup>7</sup>. Puisque nous tenons les déductions de M. Bertauld comme inattaquables, MM. Aubry et Rau, qui ne les acceptent

<sup>1</sup> T. II, p. 553. — M. Mourlon (p. 557, note 2) signale, comme consacrant son opinion, un arrêt de rejet de la chambre des Requêtes du 21 janvier 186, que nous avons vainement cherché. Vraisemblablement il s'agit de l'arrêt du 21 janvier 1860, qui ne statue nullement sur la question. M. Mourlon se sera laissé induire en erreur par le n° 2 du résumé placé en tête de l'arrêt, faute d'avoir observé que l'annotateur ajoute « question résolue seulement par la Cour impériale. » — V. S., 1861, 1, 881.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 214.

<sup>3</sup> V. *infra*, n° 67.

<sup>4</sup> *Droit civil*, 3<sup>e</sup> édit., p. 887, note 2.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 890, note 8.

<sup>6</sup> *Id.*, p. 895.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 889, 891 et 902

pas, quoique partant du même principe, sembleraient, comme la jurisprudence, avoir failli aux règles de la logique. Cependant le même reproche ne peut pas leur être adressé, car ils professent, sur la nature de la subrogation, une doctrine particulière d'où découlent directement les conclusions qu'ils adoptent; ils se rencontrent avec la jurisprudence, mais sans avoir suivi la même route.

En effet, s'ils abandonnent ici Zachariæ, s'ils donnent raison à M. Bertauld, ce n'est pas pour adopter l'une des deux doctrines en lutte, ce n'est qu'incidemment et pour la rectitude des idées; car d'après eux la subrogation n'entraîne ni le transfert même éventuel de la créance, ni celui de l'hypothèque seule. « La subrogation dans l'hypothèque légale, disent-ils, de quelque manière et sous quelque forme qu'elle se soit opérée, n'investit le créancier subrogé ni de la propriété des créances de la femme, ni même de son hypothèque, laquelle reste attachée comme accessoire à ses droits et reprises. Elle confère seulement au subrogé le droit d'exercer éventuellement les droits hypothécaires de la femme, dans la mesure et sous les mêmes conditions qu'elle pourrait le faire elle-même <sup>1</sup>. » Si on écarte les précautions de langage, le système de MM. Aubry et Rau revient à ceci : la subrogation affecte les garanties hypothécaires de la femme à l'acquittement des droits du subrogé, elle les lui hypothèque.

67. Cette manière de voir ressemble singulièrement à la doctrine de Pothier; je dirais presque qu'elle la reproduit. Si elle devait être admise, il n'est pas une question de détail qui ne reçut une solution facile et comme nécessaire. Mais est-elle légale? L'article 2118 du Code Napoléon ne range ni l'hypothèque, ni les créances hypothécaires parmi les biens susceptibles d'être ainsi affectés à l'acquittement des obligations. Si la subrogation réalise approximativement le même résultat, c'est en étant une cession d'hypothèque, ainsi que le dit formellement l'article 9 de la loi du 23 mars 1855; l'hypothèque est donc transférée au subrogé, soit seule, soit conjointement avec la créance garantie. Or, dans le système de MM. Aubry et Rau, il y a bien cession en apparence, mais c'est une cession par laquelle rien n'est cédé, cette prétendue cession n'est

<sup>1</sup> *Droit civil*, 3<sup>e</sup> édit., p. 902. — Comp. p. 890.

en réalité qu'une affectation par hypothèque, au mépris de l'article 2118 du Code Napoléon <sup>1</sup>.

68. Au point de vue pratique, une seule question est engagée dans cette controverse, car sur les points secondaires on arriverait facilement à s'accorder. C'est celle de savoir si la subrogation, dans la limite fixée par la convention, confère un avantage dès maintenant assuré et certain, à l'abri de toute éventualité; ou bien si son efficacité reste subordonnée au sort ultérieur des reprises de la femme. La question est importante assurément, tellement importante qu'il se pourrait bien que la perspective de la solution à lui donner eût parfois influé sur la préférence accordée à l'un des systèmes sur l'autre.

N'est-ce pas à ce point de vue que se serait placé M. Carette dans les deux notes fort vives qui accompagnent, l'une l'arrêt de rejet du 30 avril 1849, l'autre l'arrêt d'Orléans du 16 mars 1849? « Il est affligeant, dit-il, de voir combien la jurisprudence, grâce aux imperfections et aux lacunes de la loi, en ce qui concerne les engagements des femmes et la subrogation à leur hypothèque, se prête à ravir à des tiers de bonne foi les garanties sur lesquelles ils avaient cru pouvoir compter <sup>2</sup>. » Si ce système devait prévaloir, dit-il ailleurs, en parlant de la doctrine de la Cour de cassation, « qui oserait désormais contracter avec une femme, même mariée sous le régime de communauté? Qui oserait prêter au mari avec la garantie de la femme? Qui pourrait se croire en sûreté, même en ayant le mari et la femme pour coobligés solidaires, même en se faisant céder les droits et reprises de la femme garantis par son hypothèque légale <sup>3</sup>? » La même préoccupation apparaît à chaque page dans la mono-

<sup>1</sup> Les mêmes considérations nous paraissent rendre légalement inadmissible la combinaison que M. Mourlon désigne sous le nom de « Cession à titre de nantissement des droits hypothécaires de la femme. » (*Transcription*, t. II, p. 566.) Cette cession, d'après M. Mourlon, n'est ni une constitution de gage, ni une cession de la créance, ni une cession de l'hypothèque (p. 548, 551 et 552); c'est une convention par laquelle le créancier affecte sa créance par privilège au profit de son propre créancier (p. 549). Celui-ci acquiert un droit réel sur les droits de son créancier (p. 551), droit réel qui lui donne la faculté de faire vendre la créance engagée et de se faire payer par préférence sur le prix (p. 552). Or n'est-ce pas là, sous un autre nom, une véritable hypothèque constituée sur la créance hypothécaire?

<sup>2</sup> Sirey, 1849, 2, 449.

<sup>3</sup> Sirey, 1849, 1, 465.

graphie de M. Bertauld<sup>1</sup>; c'est elle qui a égaré M. Mourlon et lui a fait admettre, malgré ses prémisses, que le cessionnaire n'a rien à craindre de l'extinction ultérieure des droits du cédant; « sans cela, dit-il, les subrogations aux droits de la femme ne seraient le plus souvent qu'un traître appât pour ceux qui, dans leur imprudente crédulité, y chercheraient leur salut<sup>2</sup>. »

69. Ces considérations sont loin d'être décisives, même si l'on examine la question isolément, abstraction faite des liens qui la rattachent à la théorie générale, et n'en fait qu'un corollaire. Sans doute, avec la doctrine de la Cour de Cassation, la subrogation n'offre qu'une garantie incertaine et précaire, qu'une sûreté éventuelle qui peut s'évanouir et devenir vaine, sans même qu'il soit nécessaire, pour cela, de supposer la moindre fraude. Mais qu'y a-t-il donc à cela de si exorbitant<sup>3</sup>? Quoi qu'on fasse, les reprises de la femme, tant que dure le mariage, ne sont que des droits éventuels, même si les causes en existent au moment de la subrogation; pourquoi vouloir absolument qu'une sûreté donnée sur un droit éventuel devienne dès maintenant une sûreté sur laquelle les événements ultérieurs ne puissent réagir? La femme cède ses reprises, de quelque manière qu'on l'entende, c'est très-bien; mais pourvu, en définitive, qu'elle en ait à exercer. Qu'un créancier refuse une telle garantie, qu'il exige celle plus réelle et plus définitive que lui donnerait une cession véritable, si les circonstances la permettent, c'est à dire si la femme a pour le moment des créances contre son mari, c'est son droit; mais s'il s'en contente, pourquoi le plaindre tant d'une situation qu'il a acceptée? La loi prévoit qu'une hypothèque peut être établie sur un usufruit (art. 2118 C. Nap.), ou sur un immeuble dont le débiteur n'est propriétaire

<sup>1</sup> Spécialement p. 39, 40, 208 et suiv.

<sup>2</sup> *Transcription*, t. II, p. 554.

<sup>3</sup> Il en était ainsi dans le *pignus pignoris* des romains : l'hypothèque en sous-ordre n'avait effet que si l'hypothèque principale continuait elle-même d'exister; l'extinction des droits du *primus creditor* entraînait extinction des droits du *secundus creditor*. « Quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur... Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimetur (L. 13, § 2, *De pign. et hypoth.*, XX, 1). Domino solvente pecuniam quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. » (L. 40, § 2, D., *De pignorat. act.*, XIII, 7.) — *Adde.* L. 1, C., *Si pign. pign. datum sit.* (VIII, 24.)

que sous condition résolutoire (art. 2125 C. Nap.); elle dit formellement alors que les droits du créancier sont éventuels : son hypothèque est subordonnée à la durée de l'usufruit, elle est soumise aux conditions qui affectent les droits du constituant. La sûreté que donne la subrogation, telle que l'entend la jurisprudence, n'est certainement pas plus fragile. Les adversaires de la doctrine de la Cour de cassation n'envisagent qu'un aspect de la question; ils ne prennent pas garde que l'intérêt que leur inspire le subrogé leur fait oublier celui que mérite le débiteur. Si le subrogé souhaite naturellement que la garantie hypothécaire subsiste jusqu'à l'échéance de sa créance, le débiteur, de son côté, souhaite non moins vivement que cette garantie ne survive pas à l'extinction de l'obligation qui lui est personnelle. Pourquoi, dans l'intérêt du premier, enlever au second le bénéfice d'une éventualité qu'il a peut-être prévue et sur laquelle il a compté? Pourquoi, au détriment évident du débiteur, attacher à la convention des effets qui dépassent ainsi l'intention et la prévision des parties, et qu'un transport-cession véritable pourrait seul produire <sup>1</sup>?

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que cette jurisprudence rendit tout à fait vains, ainsi qu'on affecte parfois de le croire, les droits du subrogé. Si l'extinction de la créance en reprise entraîne celle de l'hypothèque cédée, c'est seulement quand elle procède de faits qu'amène le jeu naturel et ordinaire des rapports entre époux; si elle se produisait d'une façon insolite, comme le résultat du caprice ou du mauvais vouloir de la femme, les cessionnaires pourraient incontestablement, invoquant l'application du droit commun, attaquer les actes faits en fraude de leurs droits (art. 1167 C. Nap.). Il ne peut dépendre de la femme d'anéantir méchamment les sûretés qu'elle a consenties, par exemple en acceptant, dans l'intention de nuire aux subrogés, une communauté en mauvais état.

70. Au surplus, ce serait manquer aux règles les plus élémentaires de la méthode que d'examiner cette question principalement; ce serait prendre le sujet par le milieu, confondre le principe et ses applications. Elle n'est qu'une conséquence,

<sup>1</sup> Sic Troplong, *Transcription*, p. 372. — Pont, *Hypothèques*, n° 479 et 483. — Verdier, *op. cit.*, t. 2, p. 563. — Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 277. — Dalloz, *Rép.*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 999. — Benech, *Le nantissement*, p. 51 et suiv.

et ce n'est pas d'après leurs conséquences, mais en elles-mêmes, qu'il faut juger des doctrines. Quelle est celle qu'a consacrée la loi? Là, pour le jurisconsulte, est toute la question; le surplus n'est qu'affaire de déduction.

Or rien de plus formel, il nous semble du moins, que l'article 9 de la loi des 23 mars 1855: « Dans le cas, dit-il, où les femmes peuvent *céder leur hypothèque légale ou y renoncer*, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaire de la femme. »

La loi aurait-elle parlé de cession d'hypothèque, d'exercice des droits hypothécaires, si elle eût songé à la cession de créance et à l'exercice des droits personnels du cédant? Comment aurait-il été possible ou aurait-il fallu qu'elle s'exprimât pour être plus explicite?

71. Si la moindre incertitude restait possible en présence d'un texte aussi précis, l'examen des faits qui ont précédé ou préparé la loi du 23 mars achèverait de la dissiper.

La question dont il s'agit, agitée par les auteurs depuis le jour où s'était introduit l'usage des subrogations, avait été officiellement posée en 1849, lors de la tentative alors faite de réformer le régime hypothécaire. Deux articles du projet présenté par le gouvernement y avaient trait: l'un l'article 2127, spécial aux subrogations consenties par les femmes mariées, portait: « Les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer en faveur des tiers que par acte authentique; et les cessionnaires n'en seront saisis que par la mention qui sera faite de la cession en marge de l'inscription; » l'autre l'article 2139, plus général et applicable à toutes les subrogations, portait: « Le créancier à qui l'hypothèque a été consentie, ses héritiers ou ayants cause, pourront céder cette hypothèque ou son rang d'antériorité, mais seulement par acte authentique. »

Quelle était, dans ces articles, la portée exacte des expressions « céder l'hypothèque, céder ses droits à l'hypothèque? »



Le rapport présenté par M. Persil, au nom de la commission instituée par le gouvernement pour la préparation du projet, ne s'en explique pas d'une façon positive. En l'absence d'un commentaire officiel, le sens grammatical des mots s'imposait; les deux articles devaient être regardés comme s'occupant de la cession de l'hypothèque et non de la cession de la créance. C'est l'interprétation naturelle, c'est celle que donnèrent au texte du projet, en refusant d'y adhérer, les deux commissions de l'Assemblée législative et du Conseil d'État. « L'article 2139 du projet, disait M. de Vatimesnil au nom de la commission de l'Assemblée législative, paraît supposer que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance. La commission ne croit pas devoir admettre ce genre de cession, qui lui paraît contraire aux principes et sujet à de graves inconvénients <sup>1</sup>. » M. Bethmont, au nom de la commission du Conseil d'État, ajoute de son côté : « Une semblable cession ne se conçoit pas. On doit exprimer formellement la faculté de céder la créance hypothécaire, mais non la faculté de céder l'hypothèque comme droit distinct, détaché de l'obligation <sup>2</sup>. »

De là deux contre-projets, modifiant les articles 2127 et 2139 du projet du gouvernement, et substituant, afin de ne laisser subsister aucune équivoque, aux mots « céder l'hypothèque » les mots suivants : « céder la créance hypothécaire, ou les droits à l'hypothèque » (art. 2130 et 3142 du contre-projet du Conseil d'État; art. 2115 et 2159 du contre-projet de l'Assemblée législative.)

Le projet de la commission de l'Assemblée législative fut adopté sans modification, en deuxième lecture, à la séance du 20 février 1851 <sup>3</sup>. Les événements politiques qui suivirent bientôt arrêtèrent les études commencées; le projet de réforme fut ajourné.

72. La question avait été posée et discutée; il n'était plus possible qu'elle passât désormais inaperçue.

Quand on songea à la loi sur la transcription, et qu'on voulut y insérer un article sur la subrogation aux droits d'hypothèque, les deux projets, celui de 1849, ceux de 1850, furent

<sup>1</sup> Rapport du 25 août 1850 (tirage à part, p. 86 et 87).

<sup>2</sup> Rapport du 9 juillet 1850 (tirage à part, p. 50).

<sup>3</sup> *Moniteur* du 21 janvier 1851.

repris. Le second l'emporta d'abord ; l'article 11 du projet du gouvernement adopta la rédaction proposée de concert, en 1850, par les deux commissions du Conseil d'État et de l'Assemblée législative : « Les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale, ou y renoncer, que par acte authentique, et les cessionnaires, etc. » C'était, vu surtout l'interprétation que donnaient aux faits des souvenirs tout récents, la condamnation de la cession de l'hypothèque. Mais, à l'inverse de ce qui s'était passé en 1850, la commission du Corps législatif demanda et fit prévaloir le retour pur et simple au projet de 1849, celui que MM. de Vatimesnil et Bethmont avaient fait modifier comme adoptant le système de la cession de l'hypothèque sans la créance. De là l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ; « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite..., etc. <sup>1</sup>. »

Ces faits sont concluants. Aussi la majorité des auteurs qui, depuis 1855, ont écrit sur la matière, admettent la légalité des cessions d'hypothèque sans transmission de la créance <sup>2</sup>. M. Mourlon lui-même, qui, dans son *Traité des subrogations*, avait donné à la doctrine opposée l'appui de sa légitime autorité, a changé de camp. Depuis la loi nouvelle, avoue-t-il, « le doute n'est plus possible, l'hypothèque peut être cédée principalement, c'est à dire indépendamment de la créance dont elle est un accessoire <sup>3</sup>. »

73. Cependant la doctrine opposée a fait d'importantes recrues : MM. Benech <sup>4</sup>, Larombière <sup>5</sup> et Sévin <sup>6</sup> l'ont adoptée ; MM. Aubry et Rau, dans la troisième édition de leur excellent ouvrage, lui sont restés fidèles <sup>7</sup> ; enfin M. Bertauld, dans la deuxième édition de son *Traité des subrogations*, vient récem-

<sup>1</sup> V., sur l'historique de l'article 9 de la loi de 1855, Troplong, *Transcription en matière hypothécaire*, p. 367 à 381. Appendice, p. 20 et 53.

<sup>2</sup> Troplong, *De la transcription*, p. 379. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, nos 334 et 459. — Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. II, p. 560, 567. — Rivière et Hugué, *Questions*, n° 384. — Bressolles, *Exposé des règles résultant de la loi du 23 mars 1855*, n° 101.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 565. — Secus, *Traité des subrogations*, p. 578 et s.

<sup>4</sup> *Le nantissement...*, p. 43 et suiv.

<sup>5</sup> *Théorie des obligations*, t. III, p. 226, 235, 239.

<sup>6</sup> *Revue critique de législation*, t. XX, p. 542.

<sup>7</sup> *Droit civil*, t. II, p. 887.

ment de la reprendre avec toute la vivacité que le danger de la cause favorite donne habituellement aux convictions absolues.

D'après M. Bertauld, l'article 9 de la loi du 23 mars n'est pas concluant. « Il se borne, dit-il, à accepter une terminologie accréditée pour exprimer le fait juridique dont il ne se propose de régir que la forme; en prenant les mots dans le sens que l'usage leur assigne, il n'altère ni la nature ni l'essence de la stipulation qu'il assujettit à l'authenticité et à l'inscription (p. 33)... On ne clôt pas une controverse d'une manière aussi détournée, dans un langage aussi énigmatique. » (P. 34.) Non-seulement, ajoute M. Bertauld, la loi nouvelle n'a pas consacré le système qu'on lui prête, mais elle ne le pouvait et ne le devait pas. La question « ne rentre ni essentiellement, ni même naturellement et normalement dans les attributions légatives » (p. 32); elle relève des principes généraux du droit, qui résistent absolument à cette idée d'une cession d'hypothèque. En effet « l'hypothèque est une qualité qui ne peut, sans s'évanouir, être séparée de la créance qui en est le sujet; elle ne vit pas d'une vie à elle propre; elle ne peut donc faire seule l'objet d'un contrat » (p. 40). La volonté des parties se heurterait ici à une impossibilité, et « serait illicite » (p. 291); elle chercherait une fiction, « et il n'appartient qu'à l'omnipotence de la loi d'imposer des fictions » (p. 291). La loi elle-même est ici dominée par des nécessités rationnelles et impérieuses, plus fortes qu'elle; si elle eût résolu la question, comme on lui impute de l'avoir fait, sa décision n'eût été « qu'une anomalie et une violence de souveraineté » (p. 293). Elle relève, en effet, de la logique et de la raison « chargée de rechercher les impossibilités légales devant lesquelles doit s'arrêter la volonté des contractants » (p. viii); or cette impossibilité d'isoler l'hypothèque de la créance n'est pas le résultat d'une prohibition plus ou moins arbitraire, elle résulte de la logique du droit; « elle n'est pas artificielle, elle s'impose; elle n'est pas l'œuvre d'une volonté, elle est le résultat de la nature des choses » (p. 33).

74. Il serait impossible, on le voit, d'être plus exclusif dans les motifs, plus radical dans les conclusions; et c'est là, nous ne pouvons nous défendre de l'espérer, ce qui empêchera la doctrine de M. Bertauld de prévaloir.

Sans doute le texte définitif de l'article 9 serait plus concluant encore si M. de Belleyne, dans son rapport au nom de la commission du Corps législatif, avait officiellement constaté les modifications apportées au projet du gouvernement, et en avait indiqué le caractère; et il est vrai qu'il n'y est pas même fait allusion. Mais ce n'est là ni la seule lacune de ce rapport, ni le seul reproche qu'on puisse lui adresser; et comment M. Bertauld aurait-il voulu que la loi s'exprimât pour être explicite? D'ailleurs, les faits suivants restent acquis: d'une part, la commission du Corps législatif, en 1854, avait sous les yeux le projet de 1849 et les contre-projets de 1850; elle connaissait le motif et la portée du changement de rédaction demandé par l'organe de MM. de Vatimesnil et Bethmont; d'autre part, le projet de 1853 était la reproduction exacte des contre-projets de 1850; la commission du Corps législatif l'écarta pour revenir à celui de 1849, sachant, nul n'en peut douter, pourquoi ce dernier avait été écarté en 1850 et remplacé par celui que le gouvernement lui proposait. Or tout cela ne suffit-il pas pour mettre hors de conteste une doctrine que le texte de la loi consacre déjà formellement?

75. Quand à cette prétendue impossibilité d'isoler l'hypothèque de la créance pour en faire l'objet d'une convention particulière, est-elle bien sérieuse? J'en fais juge M. Bertauld lui-même; ne reconnaît-il pas ailleurs que ce n'est là « qu'une subtilité métaphysique <sup>1</sup>? »

M. Benech, dans ses curieuses études sur la matière, a relevé, dans les anciens auteurs, les opinions admises sur ce point de doctrine; il démontre que l'opinion dominante, au XVI<sup>e</sup> siècle, s'était formée en ce sens qu'il n'y a pas indivisibilité entre l'hypothèque et la créance, par suite que la première peut être cédée indépendamment de la seconde <sup>2</sup>. Et en effet, l'hypothèque, quoique accessoire d'une obligation, a vraiment une existence propre; elle confère un avantage qui ajoute aux droits habituels du créancier, et dès lors s'en distingue. Entre l'hypothèque et la créance la relation est intime, nous ne le contestons pas; mais en quel sens? En ce sens seulement qu'il ne peut pas y avoir d'hypothèque, droit accessoire, sans créance,

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. 46.

<sup>2</sup> *Le nantissement*, p. 43.

droit principal ; non en ce sens que la même hypothèque ne puisse être détachée d'une créance et transportée à une autre. N'est-ce pas là ce qui se passe dans l'hypothèse prévue à l'article 1278 du Code Napoléon ? Comment proclamer dans un cas, l'impossibilité légale d'une opération que la loi admet formellement dans un autre ?

Je ne sais plus quel auteur, rencontrant incidemment la question, la résout par les considérations dynamiques suivantes : l'hypothèque ne peut pas exister sans la créance ; or si l'on voulait la détacher de sa créance originelle pour en transporter le bénéfice au profit d'une autre, il y aurait toujours un moment de raison pendant lequel l'hypothèque se trouverait privée de son soutien nécessaire : elle périrait en route.

Ceci est trop ingénieux pour être juste. A propos d'une question analogue, la cession de créance, les jurisconsultes romains faisaient un raisonnement identique. La créance, ou droit personnel, est un rapport juridique entre deux personnes déterminées. La relation qui unit le *vinculum juris* à ses deux sujets actif et passif est tellement intime, qu'il est juridiquement impossible de l'en séparer ; car si l'une des deux personnes venait à se retirer, le rapport d'obligation tomberait : lui aussi se trouverait, ne fût-ce qu'un moment, privé d'un des deux termes nécessaires à son existence. De là les jurisconsultes romains concluaient à l'impossibilité de céder les créances <sup>1</sup>. Mais si leur dialectique un peu subtile avait découvert cette difficulté, leur esprit pratique leur avait en même temps suggéré l'expédient pour n'en pas être embarrassés : c'était la *procuratio in rem suam*, mandat avec dispense de rendre compte. Le créancier ne cède pas sa créance, ce serait contraire à l'essence du droit ; il charge de l'exercer celui auquel il veut en transférer le bénéfice, et celui-ci, devenant *dominus litis* par la *litis contestatio*, *condemnationem in suam personam convertit* <sup>2</sup>. »

Que pensent de cette théorie les adversaires de la cession d'hypothèque ? Ils l'accusent, je n'en doute pas, de subtilité et la condamnent. Ne la renouvellent-ils pas cependant au profit de leur théorie ? En quoi le rapport qui unit l'hypothèque

<sup>1</sup> Gaius, C., II, §§ 38 et 39.

<sup>2</sup> Gaius, C., IV, § 86. — L. 4, pr. D., *De re judicata* (XLII, 1).

à la créance « qui en est le sujet, » selon les expressions de M. Bertauld, est-il plus intime que celui qui unit le *vinculum juris* aux deux sujets qu'il rattache et sur lesquels il repose ?

Ce ne sont là que pures subtilités, et notre droit comme notre esprit national en sont ennemis. M. Valette expose une doctrine à la fois plus simple et plus vraie quand il dit : « Nous pensons qu'aucune loi ne prohibant la cession d'un droit d'hypothèque, ce droit qui, en somme, est purement pécuniaire, ne peut être mis hors du commerce, mais qu'il est négociable et transmissible ; suivant nous, il y a lieu d'appliquer ici l'adage : qui peut le plus peut le moins ; nul n'a intérêt ni qualité pour se plaindre de ce que la cession ne comprend qu'un accessoire, un émolument de la créance, au lieu d'embrasser la créance tout entière <sup>1</sup>. »

76. Il y a cependant une idée juste au fond de l'argumentation présentée par les adversaires de la cession d'hypothèque. L'hypothèque est inséparable de la créance en un sens : en ce sens que, quoi qu'il advienne, sa nature, son étendue, ses effets, seront toujours déterminés par le titre originel. Comme droit accessoire, elle reçoit, au moment de sa constitution, une mesure, des limites, des conditions d'existence qui résultent pour elle de la créance avec laquelle ou pour laquelle elle a été créée ; transportée au service d'un droit nouveau, elle ne modifiera ni sa mesure, ni ses limites, ni ses conditions d'existence, mais elle s'y adjoindra telle que l'a faite le titre dont elle dépendait originellement. Il en est, je l'ai déjà observé, de l'hypothèque comme de l'usufruit : les deux droits, en un sens, sont incessibles, car délimités par les circonstances dès leur création, ils ne peuvent être placés dans des circonstances nouvelles qui en modifieraient l'importance ; en un autre sens ils sont cessibles, car rien ne s'oppose à ce qu'ils passent aux mains d'un nouveau titulaire tels qu'ils sont et avec les éventualités qui les attendaient chez le cédant.

Si c'était là ce que prétendent les partisans de l'indivisibilité de la créance et de l'hypothèque, leur doctrine ne rencontrerait guère de contradicteurs ; mais ils vont plus loin et soutiennent que l'hypothèque, même en gardant la nature, l'étendue et les effets qui résultent pour elle de la créance originelle,

ne peut pas s'adjoindre à une créance nouvelle. Or c'est là une prétention inadmissible, à moins qu'un texte formel ne l'autorise, car elle constituerait une entrave sans motif à la liberté des conventions. Imposer à un créancier, comme seule ressource de crédit, la cession de sa créance, ou la mise en gage qui équivaut à une cession pour le cas où il ne satisferait pas à son obligation, c'est l'entraîner au delà de son but; c'est, comme le dit fort bien M. Valette, « lui faire une sorte de violence <sup>1</sup>. »

77. La contradiction attend toujours quiconque exagère une idée juste et en abuse : il est assez singulier que l'adversaire le plus absolu et le plus ardent du système qui permettrait à la femme d'isoler l'hypothèque de la créance, arrive, comme conclusion, à donner à l'hypothèque une existence assez distincte pour qu'elle devienne étrangère au sort des reprises, assez indépendante pour qu'elle survive à l'anéantissement de ces mêmes reprises !

<sup>1</sup> *Op. cit.* p. 210. — M. Bertauld professe un respect tel pour la liberté des conventions, qu'il va jusqu'à refuser à la loi le droit de déterminer les caractères juridiques des diverses conventions auxquelles donne lieu l'hypothèque légale (p. v et s., 32, 54, 290). « Les contrats, dit-il, sont ce que les fait la volonté licite des contractants, et leur véritable signification se recherche, elle ne s'impose pas (p. vi). » Il gourmande même fort vivement ceux qui souhaitent qu'une loi vienne mettre un terme aux incessantes controverses que soulève ce sujet.

Sur ce point je ne suis pas tout à fait de l'avis de l'honorable auteur. Quand le décret du 28 janvier 1852 et la loi du 23 mars 1855 parlent de subrogation à l'hypothèque légale, il n'y aurait pas abus à ce que l'on sût exactement ce qu'ils entendent par là ; et je ne saisis pas comment la loi empiéterait sur le domaine des parties et commettrait une violence de souveraineté en déterminant, pour la sécurité des intérêts qui en dépendent, la nature juridique et les effets des conventions usitées, pourvu qu'elle laissât les contractants libres d'opter entre elles, selon ce que les circonstances leur conseillent, et quelle leur permit même, conformément au droit commun, de les modifier. Rien, au contraire, ne me paraît plus préjudiciable à la liberté des conventions que l'incertitude qui plane sur les effets qu'elles peuvent produire.

Mais, en dehors de ceci, si M. Bertauld nie l'opportunité et la légitimité d'une loi, s'il veut qu'on s'en remette exclusivement à la volonté libre des parties du soin de fixer la nature et les effets des conventions relatives à l'hypothèque, comment soutient-il que l'hypothèque ne peut pas être détachée de la créance et cédée séparément, si telle est la volonté ou l'intention des parties ? N'aurait-il été conduit à déclarer l'incompétence de la loi dans ces questions que par le désir d'affaiblir la portée de l'argument décisif que fournit contre sa doctrine la loi du 23 mars 1855 ?

78. En nous résumant, nous dirons : la cession d'hypothèque, ou la subrogation à l'hypothèque, est une convention par laquelle un créancier transporte conditionnellement ses garanties hypothécaires à un tiers, qui est ainsi autorisé à les faire valoir dans son intérêt exclusif.

C'est un transport des garanties hypothécaires du créancier... La femme, ou tout autre créancier *mutatis mutandis*, abdique son hypothèque, mais conserve sa créance. Dès lors, 1° la cession ne confère aux subrogés qu'un droit éventuel, subordonné à l'existence de droits au profit du cédant, lors de la liquidation ; 2° elle ne leur confère le bénéfice de l'hypothèque, quels que soient leur nombre et le montant de leurs créances, que dans la limite des droits du cédant ; 3° l'action personnelle, avec ses suites, reste aux mains du cédant : le subrogé n'est investi que d'un droit de collocation hypothécaire ; 4° enfin les articles 1690, 2144 et 2145 du Code Napoléon sont étrangers à l'hypothèse : ils prévoient, l'un la cession de créances, non le transport des garanties hypothécaires, les autres une renonciation extinctive, non une renonciation translatrice.

C'est un transport conditionnel..... Le créancier n'abdique son hypothèque que dans l'intérêt du subrogé, et dans la limite de cet intérêt. Dès lors, 1° le cédant conserve éventuellement ses garanties hypothécaires, en tout ou en partie, pour le cas où les subrogés ne s'en prévaudraient pas ou n'en épuiserait pas le bénéfice ; 2° le même créancier peut consentir plusieurs subrogations successives, chaque subrogé obtenant les droits certains ou éventuels que conserve le cédant.

C'est un transport qui autorise le cessionnaire à faire valoir l'hypothèque dans son intérêt exclusif... Le subrogé, au lieu du gage général que lui donnent les articles 1166 et 2093 du Code Napoléon et du droit de concours qui en découle, obtient un gage spécial et un droit de préférence sur l'émolument de l'hypothèque. Dès lors, 1° le subrogé est payé en sous-ordre, sur la collocation obtenue par le créancier subrogeant, par préférence aux autres créanciers du cédant ; l'article 775 du Code de procédure cesse d'être applicable ; 2° s'il y a plusieurs subrogés à la même hypothèque, chacun n'obtient de droit que sous réserve du droit des autres, et l'émolument de l'hypothèque est distribué entre eux par ordre, c'est-à-dire, depuis la loi du 23 mars 1855, et s'il s'agit de l'hypothèque légale des



femmes, dans l'ordre des inscriptions prise par eux en marge de l'inscription de l'hypothèque à laquelle ils sont subrogés<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> M. Bertauld, et ceux qui admettent la même doctrine que lui, sont obligés de restreindre la disposition de l'article 9 de la loi du 23 mars sans pouvoir en donner un motif suffisant.

Si la femme, ayant deux créances dotales garanties par des hypothèques à dates distinctes (art. 2135, 2<sup>o</sup>, du Code Napoléon), cède ces deux créances à deux personnes différentes, la priorité d'inscription ou de convention n'a aucune influence sur les droits des cessionnaires; chacun d'eux fait valoir l'hypothèque légale au rang afférent à la créance dont il est devenu titulaire. Si la femme cède l'une des deux créances et conserve l'autre, c'est encore la nature de la créance qui assigne la préférence; la femme passera avant ou après le cessionnaire, selon qu'elle aura gardé ou non la créance première en date. Enfin il en sera de même si la femme cède la même créance à deux ou plusieurs personnes différentes, pour des parties aliquotes; les divers cessionnaires, quelle que soit la date de leurs cessions respectives, auront un droit égal et viendront en concours. En un mot, le n<sup>o</sup> 2 de l'article 9 de la loi du 23 mars n'est pas applicable aux cessions de créance.

Quelques auteurs soutiennent que le n<sup>o</sup> 1 de l'article leur est applicable, c'est-à-dire que les cessions de créance hypothécaire ne peuvent être faites que par acte authentique et doivent être rendues publiques (Troplong, *Transcription*, p. 386.—Pont, *Privilèges et hypothèques*, n<sup>os</sup> 469, 795.—Mourlon, *Transcription*, t. II, p. 737.—Verdier, *Transcription*, t. II, p. 619). C'est à tort selon nous, car les rédacteurs de la loi de 1855 n'ont pas songé aux cessions de chances, et il est au moins singulier de scinder ainsi les deux éléments d'une disposition parfaitement une quant à sa portée (*sic*, Rivière et Huguet, *Questions*, n<sup>os</sup> 393 à 397). Quoi qu'il en soit, personne, que je sache, n'a eu la pensée de classer les cessionnaires de créances dans l'ordre de leurs inscriptions.

M. Bertauld admet comme nous ces résultats (*op. cit.*, p. 238, 259. — Comp. Mourlon, *Transcription*, p. 536 et suiv. — *Gazette des tribunaux* du 8 mars 1865); la règle qui détermine le rang des subrogés par l'ordre des inscriptions ne s'applique, d'après lui, que s'ils sont cessionnaires, non d'une ou de plusieurs créances déterminées, mais des reprises en général, et sans désignation (p. 238, 263.—Comp. Lorombière, *Théorie des obligations*, t. III, p. 242, art. 1260, n<sup>o</sup> 58.)

Si cette distinction tient à ce qu'il y a une cession de créance dans un cas, tandis qu'il n'y a dans l'autre que cession de l'hypothèque, nous y souscrivons, tout en regrettant que les cessions de créances dotales, qui peuvent rendre stériles les subrogations ou cessions ultérieures, ne soient pas assujetties, et sous les mêmes sanctions, à la même publicité que les cessions d'hypothèques. Si l'opération est la même dans tous les cas, ainsi que M. Bertauld le soutient, puisqu'il n'admet pas la cession d'hypothèque isolée, je ne vois pas comment l'article 9 de la loi du 23 mars, si général dans la disposition qu'il énonce, se prêterait à d'aussi notables distinctions.

## VI.

79. Ainsi envisagée, la subrogation réalise à peu de chose près, il faut l'avouer, la doctrine de Pothier sur les sous-hypothèques, telle qu'elle se fût transformée sous l'empire du système de la spécialité et de la publicité.

Que l'on compare, en effet : la constitution d'hypothèque ne peut être faite que par acte notarié (art. 2127 C. Nap.), la subrogation doit être faite par acte authentique (loi du 23 mars 1855, art. 9-1°); l'hypothèque doit être rendue publique par l'inscription afin de révéler aux tiers l'état du crédit de celui qui l'a établie (art. 2134 C. Nap.), les subrogés ne sont saisis à l'égard des tiers que par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante (loi du 23 mars 1855, art. 9-1°); entre les créanciers hypothécaires, l'ordre des inscriptions détermine l'ordre de collocation (art. 2134 C. Nap.), les dates des mentions déterminent l'ordre dans lequel les subrogés exercent les droits hypothécaires de la femme (loi du 23 mars 1855, art. 9-2°). Ajoutons que l'inscription que les subrogés ont à prendre, soit pour la conservation de l'hypothèque, soit pour l'efficacité de la subrogation, doit contenir les énonciations de l'article 2153 du Code Napoléon<sup>1</sup>; que l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, s'il veut purger après subrogation, doit faire les notifications à tous les subrogés<sup>2</sup>,... etc.

D'après la doctrine de Pothier, le créancier affecte son hypothèque à l'acquittement d'une ou plusieurs obligations; dans la pratique moderne, il cède conditionnellement cette même hypothèque afin que le ou les cessionnaires la fassent valoir, chacun à son rang, dans la limite de leurs créances : le procédé diffère, le résultat est le même. Les subrogations successives ne sont, en réalité, que des constitutions d'hypothèque sur l'hypothèque du cédant.

80. Pour la troisième fois, le même phénomène se produit; les exigences de la pratique conduisent à faire de l'hypothèque, considérée comme droit immobilier, un élément de crédit, à l'égal des immeubles réels. Les Romains ont connu le *pignus*

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *Droit civil*, t. II, p. 899.

<sup>2</sup> Pont, *Hypothèques*, n° 477. — Req. rej., 8 août 1854 (S., 1854, 1, 521).

*pignoris*; notre ancien droit, après de longues controverses, a trouvé son explication et sa formule dans la règle posée par Pothier : le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque; notre droit moderne débute en proscrivant les sous-hypothèques, la pratique les rétablit sous le nom de *subrogation*.

Une tendance si tenace qui trouve, en dépit de tout, même de la loi, moyen de se satisfaire, mérite que l'on compte avec elle; elle répond évidemment à quelque besoin réel et sérieux. L'article 775 du Code de procédure a vainement essayé de rompre avec la tradition; elle s'est perpétuée en dépit des textes, et en a eu raison. Aujourd'hui la question se pose pour ainsi dire d'elle-même : que faut-il penser du système essayé par la loi du 9 messidor an III, et consacré par le Code de 1806? Faut-il le conserver, ou revenir à la doctrine de Pothier?

81. On pourrait croire, au premier abord, que ce retour vers le passé ne serait qu'une réforme stérile, les résultats devant rester les mêmes, quelque parti que l'on prenne, que l'on maintienne la loi actuelle ou qu'on la modifie dans le sens indiqué. Ce serait une erreur à un double point de vue.

Il y a toujours un avantage dans la vérité. Si la théorie des subrogations à l'hypothèque présente tant d'incertitude et de difficultés, si elle est une des plus embarrassantes que puissent rencontrer le praticien et le jurisconsulte, cela tient à ce qu'elle procède d'un principe équivoque et extra-légal; elle est, en définitive, un procédé imaginé tantôt pour écarter l'application de l'article 775 du Code de procédure, tantôt pour étendre celle de l'article 2118 du Code Napoléon. Tout le monde s'accorde à reconnaître qu'il doit être possible d'affecter les droits hypothécaires comme sûretés spéciales; la pratique a recours, dans ce but, à des expédients divers qu'elle se préoccupe peu de mettre en harmonie avec un système général; la doctrine, plus exigeante, s'ingénie en vain à leur donner un aspect scientifique, tout en leur conservant leur utilité pratique. De là cette multiplicité de systèmes, cette incohérence de décisions qui déroutent l'esprit dès qu'on essaye d'étudier le sujet. Qu'on lise les traités spéciaux sur la matière; les principes se croisent : chacun les expose à sa manière; les déductions sont contradictoires : ceux qui s'accordent sur le principe se sé-

parent sur les conséquences. La convention de subrogation semble se dérober à l'analyse; elle a des allures empruntées et changeantes qu'aucune théorie ne parvient à discipliner; comment se manifesterait-elle sous une forme nette et précise puisqu'elle se propose, en définitive, ou une illégalité, ou une exception que la loi ne prévoit pas?

Que l'on admette, au contraire, que l'hypothèque est susceptible d'hypothèque, qu'elle peut être affectée, comme on ferait d'un immeuble, à l'acquittement des obligations, soit du créancier, soit du débiteur, soit d'un tiers; la règle concordera avec les faits, toutes les difficultés disparaîtront. La théorie s'emparant d'un principe simple et connu en fera naturellement découler toutes les conséquences; la formule de Pothier procède rigoureusement : elle est une doctrine, non un expédient.

Vainement M. Bertauld réclame pour la science le droit exclusif d'interpréter les conventions, et repousse ici l'intervention législative; vainement il dit, dans la sécurité que lui inspire une conviction absolue : « Si une doctrine se trompe, on la corrige; si elle dévie, on la redresse : elle propose, elle conseille et ne dispose pas <sup>1</sup>. » Ce sont là des apophtegmes que tout système adresse volontiers aux systèmes opposés, et les dissidences n'en subsistent pas moins; le *Traité théorique et pratique des subrogations à l'hypothèque légale* en fait foi : nulle part les nombreuses controverses de détail que soulève ce sujet n'ont été plus vivement exposées. Sans doute ce serait une entreprise non moins impraticable que dangereuse que de faire intervenir le législateur dès qu'une combinaison nouvelle surgit; elle aurait pour moindre inconvénient celui de compromettre la majesté de la loi, en l'exposant à être complice de précipitation irréfléchie; il faut laisser aux faits le temps de se produire, et aux théories celui de s'élaborer. Mais voilà soixante ans que la pratique et la doctrine errent à l'aventure, comme sur un terrain mouvant, vivant d'expédients et au jour le jour, essayant de tous les systèmes et n'en adoptant définitivement aucun. La lutte est aujourd'hui plus vive même qu'au début; elle dure encore sur le principe, et de plus elle s'étend aux mille applications que la diversité des intérêts fait surgir. La loi

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. viii.

seule aurait l'autorité suffisante pour prononcer sur une cause désormais entendue, et mettre un terme à l'instabilité des décisions judiciaires et aux incertitudes doctrinales qui inquiètent à juste titre les intéressés.

82. La réforme n'eût-elle pour effet que de ramener ainsi la pratique à une théorie logique et bien déduite, ce serait déjà un important résultat. Mais elle aurait une toute autre portée; en un point les conséquences de la doctrine proposée s'écarteraient notablement de celles qui découlent de l'usage des cessions ou subrogations.

En effet, la cession d'hypothèque ne résulte que de la convention; elle n'est jamais ni légale, ni judiciaire. Si elle transfère au subrogé, comme sûreté de ses droits, les garanties hypothécaires du cédant, ce n'est que par affectation spéciale; elle ne se produit jamais comme résultat d'une affectation générale de biens présents et à venir. Au contraire, s'il était admis que les hypothèques sont susceptibles d'hypothèque, et que la subrogation ou cession n'est autre chose qu'une constitution de sous-hypothèque, l'affectation des garanties hypothécaires résulterait de la loi (art. 2121 et 2122 C. Nap.) et des jugements (art. 2123 C. Nap.) comme de la convention (art. 2124 C. Nap.). En d'autres termes, sous le nom de *subrogation*, l'opération n'est qu'une affectation conventionnelle : le bénéfice n'en peut appartenir qu'à ceux auxquels il a été spécialement concédé; sous le nom de *constitution de sous-hypothèques*, l'opération deviendrait une affectation conventionnelle, légale et judiciaire : le bénéfice en appartiendrait aux créanciers à hypothèque générale comme aux créanciers à hypothèque spéciale.

83. Notre pratique actuelle représente ainsi l'inverse de ce qui était admis dans l'ancien droit. Si, d'après Pothier, l'hypothèque était susceptible d'hypothèque, c'était seulement au profit des créanciers auxquels tous les biens du débiteur étaient engagés; c'était, avons-nous dit plus haut, en ce sens que les créanciers opposants en sous-ordre avaient droit d'être colloqués par ordre, non par contribution, sur la collocation obtenue par leur débiteur. En un mot, l'engagement des garanties hypothécaires ne résultait que d'une affectation générale; chez nous, il ne se présente que comme résultat d'une affectation spéciale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Supra*, n<sup>os</sup> 33 et 34.

Or n'est-ce pas là une doctrine singulière? Si le droit de préférence qui résulte de l'hypothèque est un élément sérieux de crédit, s'il peut, à ce titre, être communiqué à un créancier par affectation spéciale, comment ne le serait-il pas au créancier auquel la loi accorde toutes les garanties présentes et futures que peut offrir le débiteur? La subrogation équivaut, sous tous les rapports, à la constitution d'une hypothèque spéciale sur les droits hypothécaires du subrogeant; pourquoi le droit qui en résulte n'appartiendrait-il pas à celui auquel la loi accorde une hypothèque générale?

84. Objectera-t-on que l'hypothèque sur un droit est quelque chose d'étrange, et dont l'esprit se rend mal compte, que la créance, dont elle est l'accessoire, est en tout cas une chose mobilière? Ce serait faire une trop large part à l'influence qu'exercent sur le jugement, à notre insu bien souvent, l'habitude et les idées reçues. Pourquoi le droit d'hypothèque ne pourrait-il pas être hypothéqué au même titre que peuvent l'être l'usufruit ou les actions de la Banque de France (décret du 16 octobre 1808, art. 7), que pouvaient l'être naguère, avant la loi du 20 mai 1863, les actions des canaux d'Orléans et du Loing, que pouvaient l'être enfin, dans l'ancien droit, les immeubles fictifs, rentes, offices, etc.?

Il n'est nullement de l'essence de l'hypothèque de ne pouvoir porter que sur des immeubles. S'il en est ainsi de nos jours, c'est qu'on a considéré les immeubles comme pouvant, par leur fixité et la stabilité de leur valeur, offrir des garanties plus sérieuses, mieux à l'abri de l'imprévu; mais on en jugeait autrement à Rome et dans plusieurs de nos anciennes coutumes; on en juge autrement de nos jours encore dans un grand nombre de pays. La vérité, c'est que tout droit pourrait être regardé comme susceptible d'hypothèque, qui offre une garantie sérieuse, fixe et stable; or l'hypothèque inscrite réunit ces conditions.

D'ailleurs l'hypothèque est un droit réel immobilier (article 2114 C. Nap.); il ne serait nullement nécessaire, pour qu'elle devînt susceptible d'hypothèque, de modifier les bases de notre régime hypothécaire. Le montant de la collocation obtenue à l'ordre par la femme ou par tout autre créancier hypothécaire, représente l'émolument d'un droit immobilier; il pourrait, tout comme le prix de vente d'un immeuble ou

d'un usufruit, être distribué par ordre d'hypothèque. Cela se fait au cas de subrogation ; cela pourrait dès lors se faire toujours.

85. Les objections tirées de l'état conventionnel de nos lois actuelles sont au surplus sans portée quand il s'agit d'en introduire un nouveau, ou du moins de revenir à des usages consacrés par une longue tradition, et dont rien n'explique rationnellement l'abandon <sup>1</sup>. Il est, en effet, bien difficile de dire pourquoi la loi du 9 messidor an III, et à son exemple les lois hypothécaires postérieures, ont rompu avec la pratique du parlement de Paris, au moment surtout où la doctrine de Pothier en donnait la formule scientifique.

Serait-ce, ainsi qu'on l'a prétendu, afin d'éviter les complications qui résulteraient des sous-hypothèques dans le règlement des ordres ? Mais d'abord quelles sont ces complications ? Les auteurs anciens qui s'occupent des sous-ordres, même ceux qui les critiquent le plus vivement, ne les mentionnent pas. Et de fait on ne trouve pas aisément en quoi il serait plus difficile de classer des créanciers sur la collocation obtenue dans un ordre, que sur le prix d'un immeuble. Notre pratique moderne au besoin en ferait foi ; car, malgré l'article 775 du Code de procédure, les sous-ordres n'y sont pas inconnus. Les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles, les subrogés à l'hypothèque légale ou à toute autre, ont certainement le droit de venir par ordre sur la collocation obtenue par le débiteur ou le subrogeant ; quelles si grandes complications ont apparu dans ce cas ? La loi du 23 mars 1855, dans l'espèce qu'elle prévoit, ne s'est pas arrêtée devant elles ; elles ne peuvent être une raison suffisante pour écarter dans toute autre hypothèse l'application des mêmes principes.

Serait-ce, ainsi qu'on l'a dit encore, par crainte de la confusion que les inscriptions des sous-crédanciers, à raison du principe de la publicité, pourraient jeter dans la tenue de registres ? Ce serait là une difficulté matérielle, une question de tenue de livre ; et l'administration ne s'en est aucunement trouvée embarrassée quand il lui a fallu, depuis la loi de 1855, rendre possible l'inscription des subrogations et cessions consenties par les femmes mariées. Les procédés employés dans ce cas suffiraient dans tous les autres.

<sup>1</sup> *Supra*, n° 40.

86. Ce ne sont là que des suppositions, des considérations trouvées ou imaginées après coup afin de rendre compte, autant que faire se peut, d'un fait dont la véritable cause est ailleurs. Le changement si notable apporté par le droit moderne à la pratique ancienne ne peut s'expliquer que d'une manière : l'usage des sous-ordres était lié à la pratique des hypothèques générales<sup>1</sup>; l'introduction du système de la spécialité a fait écarter entièrement, comme conséquences de principes que l'on abandonnait, des règles qui n'auraient dû être que transformées, adaptées au régime hypothécaire nouveau.

L'éternelle mission de l'avenir est de rectifier les résultats inattendus des réactions exagérées. Tôt ou tard deux modifications seront apportées à la loi qui nous régit : le législateur abrogera l'article 775 du code de procédure; il ajoutera un paragraphe à l'article 2118 du Code Napoléon, et fera figurer l'hypothèque et les privilèges inscrits parmi les droits susceptibles d'être affectés à l'acquittement des obligations.

CH. BEUDANT.

## LE CODE NAPOLEÓN

### ET LES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES CIVILES DU DAUPHINÉ,

Par M. G. BOISSONADE,  
professeur-agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Grenoble, le 31 janvier 1866.

C'est dans le Dauphiné que sont nées il y a soixante ans les premières associations mutuelles de France, et, depuis lors, les nouvelles générations ont fidèlement continué les traditions philanthropiques de ce pays<sup>2</sup>. Le mouvement coopératif ne pouvait manquer d'y rencontrer une vive sympathie, et, comme les esprits sont ici essentiellement pratiques, il n'y a pas eu loin de la pensée du bien à sa réalisation; mais ce qui n'est pas le moins digne de remarque c'est que ce sont les élèves de notre Faculté de droit qui ont pris l'initiative d'une société coopérative dans le Dauphiné.

C'est au cours même d'économie politique, si utilement

<sup>1</sup> *Supra*, n<sup>os</sup> 33 à 35.

<sup>2</sup> La première association mutuelle de Grenoble date de 1803; les associations de ce genre étaient arrivées au nombre de 42, en 1863.



institué au sein de notre Faculté par Son Exc. le Ministre de l'instruction publique, que nos élèves ont puisé cette pensée généreuse, ou tout au moins, qu'ils s'y sont affermis; c'est le saisissant tableau que leur a présenté M. Couraud des luttes et du triomphe des *pionniers* anglais de Rochdale, qui les a décidés à fonder à Valence une société coopérative de Crédit sur laquelle je désire appeler l'attention des lecteurs de la *Revue*.

La société de Valence est destinée à commanditer toutes les autres sociétés coopératives : idée nouvelle, féconde et qui a déjà porté ses fruits, car il s'est formé depuis, à Grenoble, sous les auspices de celle de Valence, une première société coopérative *de consommation*.

Le fait le plus saillant, et je tiens à le signaler en commençant, c'est que cette société (*l'Universelle*) s'est constituée *civilement*, en vertu des seuls principes du Code Napoléon; aussi est-elle qualifiée par ses statuts : *Société civile de Crédit*, et même, s'il n'eût tenu qu'à moi, elle se fût appelée, plus nettement encore, *Société coopérative de Crédit civil*.

Mais, dira-t-on : « Comment avez-vous pu fonder immédiatement, sous l'empire des lois existantes, ce nouveau genre de société qu'il semble devoir être si difficile d'organiser, même dans l'avenir, au moyen de la loi nouvelle qui nous est promise? »

Les jurisconsultes, en effet, enfermés dans le cercle étroit des lois écrites, n'ont pas le vaste champ des économistes qui ne reconnaissent que la loi naturelle, l'éternelle raison, dans leur poursuite du développement progressif de la richesse sociale. Aussi, à Grenoble, comme à Paris, comme partout, sans doute, les jurisconsultes les plus autorisés ont douté de la possibilité de constituer légalement la coopération, soit d'après la loi civile, soit même d'après la loi commerciale. En même temps, les découragements et les déboires n'ont pas manqué à nos jeunes philanthropes : le petit commerce, menacé dans ses abus, calomniait; les indifférents souriaient; les timides, au risque de laisser se refroidir un si beau zèle, conseillaient d'attendre la loi nouvelle. Cependant, les promesses de cotisations ouvrières arrivèrent bientôt de divers côtés, quelques encouragements vinrent même de plus haut et l'inertie a été vaincue par l'amour du bien.

Je croirais manquer ici à un devoir, si je taisais les noms de deux jeunes avocats de Valence, licenciés en droit de notre

Faculté depuis six mois à peine, MM. Vasseur et Frandon : ce sont eux qui ont conçu l'idée et ont lutté le plus courageusement, pour sa réalisation, contre les préjugés des uns, le mauvais vouloir des autres et l'indifférence du plus grand nombre.

Nos nouveaux *pionniers*, semblables à ces malades qui, en désespoir de cause, se jettent dans les bras des empiriques, ont alors accueilli les ouvertures que ne craignit pas de leur faire un professeur *de droit romain*, et ils ont préféré vivre à l'étroit sous l'égide de la loi civile, mais vivre, plutôt que de mourir sous la loi commerciale, ou mieux, que de ne pas naître. En même temps, nos *nobles épiciers*, comme on les a appelés au premier jour, pourront conserver le titre d'*avocats* dont ils ne sont pas moins jaloux, ou aspirer aux fonctions judiciaires ou administratives jusqu'ici interdites aux commerçants.

Oui ! c'est, en somme, l'autorité du vieux droit romain qui a constitué définitivement notre société coopérative *civile* de la Drôme et de l'Isère ; c'est lui qui nous a appris à élargir, sans le briser, le cadre trop étroit de nos lois et, sans en fausser l'esprit, à en plier les règles anciennes aux exigences et aux besoins des temps nouveaux. C'est Papinien, c'est Paul, c'est Ulpien, qui ont préparé nos lois civiles et qui les éclaireront encore aujourd'hui, et notre Code Napoléon, rationnel et libéral, plus jeune encore, avec ses soixante ans, que nos lois commerciales qui datent d'hier, a évincé ici celles de 1856 et de 1863.

Mais, hélas ! pendant que nous *coopérons*, à Grenoble, à la rédaction de nos statuts, le temps assigné à l'enquête ouverte à Paris s'écoulait, et les registres officiels étaient fermés aux retardataires : je viens maintenant plaider les circonstances atténuantes, je demande des *lettres de relief*, et je serai trop heureux encore si la *Revue* me reste hospitalière.

Le Gouvernement et l'opinion publique ont rarement montré plus d'empressement à s'éclairer mutuellement : depuis un an, ils cherchent ensemble, avec ardeur, les voies et moyens pour constituer sagement et sûrement les nouvelles sociétés ; ne puis-je pas croire que, jusqu'à ce que la loi ait parlé, tous les avis, même les plus humbles, seront entendus ?

Déjà les économistes nous ont convaincus par les exemples de l'Angleterre et de l'Allemagne, et par quelques tentatives

faites en France même, que le pays peut attendre de la coopération des bienfaits incalculables. Le Gouvernement aussi a reconnu que cette nouvelle forme donnée à l'épargne sera un des plus précieux gages de prospérité publique et privée, et voici qu'enfin son auguste Chef, auquel nul ne contestera d'être un des premiers économistes de notre époque, vient de proclamer solennellement ses sympathies pour la plus pacifique et la plus féconde des révolutions économiques. Quoi de plus encourageant pour nous, que de voir celui qui est aussi puissant pour la réalisation de ses grandes idées qu'il est généreux dans leur conception, annoncer aux représentants du pays que « pour favoriser le développement de nombreuses associations « au profit du travail et de la prévoyance, il a décidé que l'autorisation de se réunir sera accordée à tous ceux qui, en « dehors de la politique, voudront délibérer sur leurs intérêts « industriels ou commerciaux <sup>1</sup> ! »

Que reste-t-il donc à faire au législateur, après que les économistes ont triomphé des préventions routinières et le sentiment public des résistances intéressées? Il reste à lever quelques obstacles de nos lois civiles et commerciales que l'expérience n'a pas justifiés ou même qu'elle a condamnés, à confirmer quelques bonnes tendances de la doctrine et de la jurisprudence, et à ajouter quelques nouvelles garanties pour les intérêts populaires qui seront le plus souvent engagés. Et, je ne crains pas de le dire, le projet de loi de l'an dernier était déjà, selon moi, très-près de nous donner toutes ces satisfactions; car je ne suis pas de ceux qui demandent pour les nouvelles sociétés la liberté absolue des conventions: craignons d'ouvrir de nouveau la voie à toutes les témérités qui, à plusieurs époques, ont accompagné chez nous les grands mouvements du crédit, et qui, chaque fois, en ont arrêté pour longtemps le développement normal.

Mais arrivons, à propos de nos sociétés coopératives de Valence et de Grenoble, aux moyens légaux de constituer civilement, dès aujourd'hui, toute sorte de coopération, soit pour le *crédit*, soit pour la *consommation*, soit pour la *production*. Ce n'est pas, d'ailleurs, que je propose les statuts de l'*Universelle* comme un type achevé du genre, parce que, lors de leur acceptation définitive par l'assemblée générale, ils ont subi

<sup>1</sup> Discours de l'Empereur, du 22 janvier 1866.

des modifications que je considère comme autant de concessions à l'incertitude et à la timidité des premiers jours ; mais elles sont un précédent très-digne d'attention, et je vais indiquer comment je les comprenais et les désirais moi-même.

Mais d'abord de ce que je soutiens que la coopération peut se constituer civilement, il ne faut pas en conclure que j'aie la prétention, comme on me l'a reproché agréablement, de vouloir *civiliser* toutes les sociétés coopératives. En aucune façon : ce serait en restreindre beaucoup trop la portée que de leur ôter toujours le caractère commercial ; mais je soutiens et j'ai eu le bonheur de faire admettre :

1° Que, pour le présent et en attendant la loi nouvelle, il est possible, sous l'empire du Code Napoléon, d'organiser des sociétés civiles à *capital variable* et à *personnel flottant*, ce que ne permet aucune des quatre sociétés organisées par le Code de Commerce et les lois spéciales de 1856 et 1863 ;

2° Que, pour le présent et *pour l'avenir*, il faut faire une place à des sociétés dont les fondateurs et les gérants ne voudront pas se soumettre aux rigueurs des lois commerciales, ou ne pourront prétendre aux avantages du commerce, pour cause d'incompatibilité légale de leur profession avec celle de commerçant.

Pour mettre plus d'ordre dans le sujet, je le diviserai en deux parties : dans l'une, je justifierai trois Propositions principales, tendant à établir que chacune de nos sociétés, dans l'état actuel de la législation, peut être civile, avec les caractères annoncés plus haut ; dans l'autre, je résoudrai une série de Questions qui se présentent dans tous les systèmes, notamment celle de la nature du titre des associés et celle de la responsabilité de la société envers les tiers. Quant aux menus détails, je les laisse à la sagesse et à la prévoyance des statuts.

## PREMIÈRE PARTIE.

### CONSTITUTION CIVILE DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES.

**PREMIÈRE PROPOSITION.** *Toute société coopérative de crédit, formée pour commanditer des sociétés coopératives de consommation ou de production, sera civile, du moment que ces dernières seront elles-mêmes constituées civilement.*

Depuis les beaux travaux historiques de M. Troplong sur

tous les Contrats réglés par le Code Napoléon, bien des erreurs ont été redressées. C'en était une grave notamment, et qui n'est plus permise aujourd'hui, que de croire que toute commandite est nécessairement commerciale. L'illustre auteur trace, dans sa curieuse préface du *Titre des Sociétés*, le développement de la commandite dans le droit civil, commercial et maritime. Il démontre (p. LIV et suiv.) que les premières commandites pratiquées en France le furent à l'occasion de l'élève des bestiaux, spéculation purement civile de tout temps. Plus loin (p. LXXIII et suiv.) se trouve réfutée une autre erreur, à savoir que la division du capital en actions serait toujours une opération commerciale. M. Troplong établit, à ce sujet, que la première division du fonds social en parts cessibles eut lieu à l'occasion de l'établissement du moulin de Basacle, à Toulouse; ces parts furent appelées *uchaux* ou *saches* (du nom des anciennes mesures de capacité usitées à Toulouse) et, chose curieuse, le moulin, la société civile, les *uchaux*, existent encore aujourd'hui, et même, l'on a subdivisé les *uchaux* en demi-*uchaux* et quarts d'*uchaux*, comme nous avons des *coupures* ou *coupons* d'actions.

C'est donc maintenant un fait acquis, en jurisprudence et en doctrine, grâce surtout au savant magistrat, « qu'une société « est civile ou commerciale par son but et non par son mécanisme » (*Sociétés*, n° 143). Et, de fait, il existe aujourd'hui un grand nombre de sociétés civiles qui ont adopté la forme *anonyme*. Mais, pour nous limiter à la forme de *commandite*, nous demanderons : Qu'est-ce que commanditer? — *Commanditer* (que nos anciens auteurs écrivaient *commenditer*), c'est confier son argent à quelqu'un, pour qu'il le fasse fructifier. Papinien nous le dit lui-même : *Quid enim aliud est commendare quam deponere* (Dig., XVI, 3, 24)? Or on peut confier son argent à tout autre qu'à un commerçant, partant à une société civile; le fait est plus rare, mais il n'a rien que de très-légal. En conséquence, si la commandite est une opération commerciale, lorsqu'elle vient en aide à une entreprise de négoce, elle reste civile, nécessairement, lorsqu'elle n'est que l'auxiliaire d'une entreprise civile elle-même. Insister sur ce point serait douter de l'évidence.

Ce qu'il importe donc d'établir, c'est le caractère civil des sociétés *de consommation* et *de production* que se proposera

de fonder, de développer, de commanditer toute société de crédit, à l'exemple de celle de Valence.

De là notre DEUXIÈME PROPOSITION : *Les sociétés coopératives de consommation et de production seront civiles elles-mêmes lorsqu'elles ne vendront qu'à leurs seuls associés.*

Ceci est déjà plus difficile, et les objections vont commencer.

Mais d'abord personne ne nie plus, nous l'avons dit, que le caractère commercial ou civil d'une société dépende de la nature de ses opérations. Sans doute, son but est toujours de réaliser des bénéfices appréciables en argent, de sorte que l'idée générale de *spéculation* s'y rencontre toujours avec plus ou moins d'intensité; mais si le plus grand nombre des spéculations sont commerciales et mercantiles, il en est aussi de purement civiles.

Il faut convenir d'ailleurs qu'un certain arbitraire a présidé, dans l'origine de nos institutions privées, à la distinction fondamentale, mais assez peu rationnelle, entre les différentes natures de spéculations, et j'aime mieux la tâche que j'ai entreprise que celle de justifier pourquoi il y a spéculation commerciale dans l'achat de choses mobilières pour les revendre, et non dans l'achat de terrains, dans le même but; dans la transformation de produits naturels en objets manufacturés, et non dans l'exploitation d'une mine ou d'un sol (dont on n'est quelquefois que fermier), pour en revendre les produits qui, pourtant, seront des métaux, des charbons, des denrées, toutes choses commerciales de leur nature.

Mais j'accepte, sans résistance, la distinction fondamentale du droit ancien et moderne, et je me demande si les sociétés de *consommation* qui, elles aussi, achètent pour revendre, font une spéculation mercantile.

Pour plus de simplicité, je prendrai momentanément, comme base de ma démonstration, les sociétés de consommation; je dirai ensuite comment les mêmes principes s'appliquent, quoique avec moins de facilité, aux sociétés de production.

Et d'abord, quel est au juste le but essentiel et final des sociétés de consommation? — C'est de procurer aux particuliers qui en font partie des aliments de bonne qualité, aux conditions les plus douces possibles.

Ce but peut être atteint de deux manières : soit en revendant

*au prix net de revient* les denrées qu'on aura tâché d'acquérir au meilleur marché possible; soit en les revendant *au cours ordinaire* du commerce local, sauf à répartir ensuite aux consommateurs une partie du bénéfice réalisé. Je dis *une partie* parce que, indépendamment des consommateurs associés, il peut y avoir, et nous supposerons bientôt qu'il y a, en fait, des bailleurs de fonds ou commanditaires, et à ceux-là aussi, de même qu'aux gérants, consommateurs ou non, une portion des bénéfices doit être réservée.

Ce dernier mode de procéder (la répartition périodique), malgré sa plus grande complication, est bien préférable à la vente au prix de revient, d'abord parce qu'il est le seul qui permette de rémunérer les capitaux et la gérance; ensuite parce qu'il prévient les mécomptes de celle-ci, en cas d'avaries et de pertes; de plus, pour les consommateurs eux-mêmes, il a l'avantage de les préserver d'une dangereuse invitation à consommer plus que le nécessaire, et, ne l'oublions pas, ce sont surtout les classes peu aisées qu'on a en vue, dans ces sortes de sociétés; enfin, il leur réserve la restitution périodique d'un petit capital prélevé sur leurs frais de subsistance et qui peut recevoir une très-utile destination. C'est l'idée si bien rendue et devenue déjà populaire (comme cela arrive chez nous pour toute idée juste au fond et paradoxale en la forme) de *l'épargne par la dépense*.

La célèbre *Association alimentaire* de Grenoble, fondée par le courageux et libéral Taulier qui fut maire de la ville, avocat distingué et doyen de notre Faculté de droit, fonctionne autrement : elle donne les aliments à ses associés, *au prix de revient* (sauf une légère différence), pour être consommés sur place ou emportés tout préparés; elle ne distribue donc pas de dividendes; son capital ne s'augmente qu'insensiblement, par quelques cotisations volontaires et par un léger droit annuel payé par les sociétaires, et elle fait, de temps à autres, un emploi généreux de ses bénéfices; aussi a-t-elle le caractère d'une œuvre philanthropique plutôt que d'une société intéressée<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il faudrait avoir le cœur bien sec pour n'être pas ému, comme je le fus récemment, en prenant un modeste repas dans le grand réfectoire de *l'Alimentaire*, lisant les statuts et l'histoire simple et touchante de l'association, en face du portrait du généreux Taulier, qui est mort, avant le temps,

Si la société de consommation ne vendait qu'aux associés, il n'y aurait pas, selon moi, la moindre difficulté, quel que fût le nombre de ceux-ci, à la déclarer purement civile; car elle ne présenterait pas la nature de spéculation qui caractérise le commerce. Il n'y aurait pas plus d'acte commercial de la part des associés, dans ce cas, que si deux ou plusieurs personnes, ayant chacune une maison importante à nourrir, s'entendaient pour acheter en gros les denrées qui leur sont nécessaires, et se les revendaient ensuite, en détail, au prix de revient; or, ce qui peut se faire entre deux ou plusieurs, ne peut-il se faire, de même, entre un plus grand nombre, entre un nombre illimité d'individus?

Je viens d'employer, sans crainte, le mot *revendre*, parce qu'il est le plus simple; mais il est possible d'y substituer les mots *distribuer*, *répartir*, *donner en compte* et autres équivalents, de sorte que l'idée commerciale disparaîtra plus complètement encore, et les maisons de vente ou magasins de la société pourront, sans mensonge, s'appeler *comptoirs* ou *bureaux de distribution*.

Cependant, en admettant même qu'on ne vende qu'aux associés, on peut nous faire plusieurs objections.

On nous dira : « En payant vos denrées moins cher que dans le commerce, vous ne faites pas de bénéfices, vous évitez seulement une perte; or, d'après la définition générale de la Société, telle qu'elle est donnée par le Code Napoléon (article 1832), il faut que son but soit de *réaliser des bénéfices* en commun. »

On nous dira encore : « Dans vos nouvelles sociétés vous avez un personnel flottant et un capital variable, ce que la nouvelle loi permettra peut-être, mais ce qui ne paraît pas possible sous la loi civile actuelle. »

Ces deux objections n'ont pas empêché la formation des sociétés civiles d'Assurances mutuelles contre l'incendie, de Secours mutuels contre la maladie, le chômage et autres maux analogues, et cependant elles eussent pu leur être opposées également. Mais il ne nous suffit pas d'avoir des précédents *de fait*, inattaqués, et des sociétés civiles de secours mutuels

des épreuves auxquelles fut soumis son bon cœur. Quand l'avocat et le professeur seront oubliés, on se souviendra encore de l'auteur du *Vrai livre du peuple* et du fondateur de l'*Association alimentaire*.



dont le développement n'est pas le moindre bienfait du régime actuel, il nous faut encore réfuter pleinement, et *en droit*, cette double objection qui pourrait être reproduite et ébranler des convictions moins robustes que la nôtre.

Premièrement, pour la prétendue absence de bénéfices, je soutiens qu'il n'y a aucune différence sérieuse ni raisonnable à séparer la suppression ou l'adoucissement d'une perte pécuniaire de la réalisation d'un bénéfice proprement dit : l'intérêt est égal, et même on peut dire, sans exagération, que le premier avantage est plus précieux encore que le second, et que la loi doit nous aider encore plus à conserver notre patrimoine qu'à acquérir de nouveaux biens : de tout temps, en effet, les lois et leurs interprètes ont été plus favorables à ceux qui cherchent à éviter une perte (*certantes de damno vitando*) qu'à ceux qui poursuivent un bénéfice (*certantes de lucro captando*), et, je le soutiens, mieux vaut *ne pas perdre*, par un incendie, la maison qu'on possède, que de *gagner* celle qu'on n'a pas.

Eh bien ! les sociétés d'assurances mutuelles tendent, au moyen de cotisations annuelles, à préserver les associés d'une perte qui est certaine pour la masse des assurés, bien qu'elle ne soit qu'éventuelle pour chacun en particulier. En effet, la moyenne des incendies, des inondations et des grêles, sur un nombre donné de propriétés, est d'une probabilité égale à bien des certitudes juridiques.

Nos sociétés coopératives de consommation et de production ont un but analogue à celui des assurances mutuelles contre les sinistres de la nature et des secours contre les maux de l'humanité : elles sont, pour leurs membres, un moyen de se préserver du tribut qu'ils payent, les uns aux intermédiaires entre le producteur et le consommateur, les autres aux exigences du capital. C'est donc une mutualité contre un mal social particulier qui, de tout temps, a sévi contre la classe laborieuse, en lui faisant payer sa subsistance plus cher et en rémunérant moins son travail.

Je vais plus loin maintenant, et je soutiens que ces sociétés poursuivent et réalisent un bénéfice proprement dit, surtout avec la forme de vente généralement adoptée par elles : puisqu'elles vendent aux associés, au prix courant du commerce, elles réalisent le même bénéfice que celui-ci, par suite de la différence entre le prix d'achat et le prix de revente; seule-

ment comme ce bénéfice est réalisé sur les membres mêmes de la société, pour être ensuite réparti entre eux, il est exclusif de tout caractère commercial et mercantile.

Cette objection, tirée de l'absence apparente de bénéfices, étant réfutée, je passe à celle, plus sérieuse encore sous la loi actuelle, de la variation incessante du nombre des associés et du capital social.

Ici encore j'ai, comme précédents de fait, nos sociétés d'assurances et de secours mutuels, dont le personnel et le capital sont mobiles et variables. Mais j'ai, en outre, le moyen de démontrer qu'il n'y a là aucune tolérance de la pratique et que *la loi* ne s'y oppose nullement.

D'abord cette condition d'un nombre d'associés déterminé à l'avance n'est imposée par aucun texte formel, et si elle paraît implicitement admise par le Code Napoléon, c'est parce qu'à l'époque de sa rédaction, la mutualité était, sinon inconnue, au moins fort peu pratiquée; aussi le législateur n'y songea-t-il pas. En outre, la loi me paraît abandonner tout à fait cette condition lorsqu'elle détermine les causes de la dissolution des sociétés : Ainsi, elle admet bien, en principe, la dissolution par la mort d'un des associés, mais elle permet (article 1868) que les parties stipulent que la société continuera entre les survivants, et même avec les héritiers de l'associé prédécédé; ce qui prouve que le nombre et l'individualité des associés n'ont nullement besoin d'être connus ni fixés irrévocablement à l'origine : dans le premier cas, le nombre diminue après coup; il augmente dans le second. Ces deux dispositions étaient dans le Droit romain, avant de nous régir; elles ont été tirées des règles particulières à la *societas vectigalis*, formée pour la perception des impôts. Enfin, pour ce qui concerne le capital variable : aujourd'hui encore, comme de tout temps, les sociétés *universelles*, soit de tous biens, soit de tous gains, ont eu un capital variable, et, quoiqu'elles soient peu fréquentes, elles révèlent au moins, dans la loi, un esprit plus large et plus libéral qu'on ne le veut voir.

Si nous examinons sur ce point la législation commerciale, nous ne la trouvons pas, non plus, opposée à la variation du capital. Il est de pratique constante que le fonds social puisse être augmenté par la création d'actions nouvelles, moyennant une délibération prise par l'assemblée générale, et sous car-

taines conditions qui varient, suivant la nature de chaque société. Dans ces cas, la société n'est pas dissoute, pour être reconstruite sur de nouvelles bases : elle ne fait que recevoir un développement, sinon normal, au moins digne de faveur et d'encouragement. Un exemple frappant le prouve, en ce moment même, au sujet du Crédit mobilier qui double son capital. Or, ce que les sociétés peuvent consentir après coup, comment ne pourraient-elles pas le stipuler au moment de leur formation et dans leurs statuts eux-mêmes ?

Ces premières objections étant pleinement réfutées, il ressort de tout ce qui précède que les sociétés de consommation qui ne vendront qu'à leurs associés seront très-valablement organisées comme sociétés civiles, avec des *bénéfices réguliers*, un *personnel mobile* et un *capital variable*.

Mais voici maintenant une autre difficulté qu'on soulève. On répète partout : « Si vous interdisez aux sociétés de consommation de vendre à d'autres qu'à leurs associés, vous les réduisez à une vie précaire et simplement végétative ; leurs opérations resteront si minimes que les bénéfices seront nuls. Que si, au contraire, elles vendent à des étrangers, elles deviennent commerçantes, avec toutes les entraves, les rigueurs et les incompatibilités que vous voulez éviter ! »

Et d'abord, quand cela serait, nous resterions dans l'esprit de ces institutions populaires qui n'ont certainement été conçues, à l'origine, que dans le but de vendre aux seuls associés. Et cela est si vrai que le nom même de *sociétés coopératives*, que tant de personnes ne comprennent pas, n'a aucun sens utile, s'il n'a pas celui-là. Les *coopérateurs* sont des gens qui se réunissent pour agir *par eux-mêmes* et *pour eux-mêmes*, et c'est là ce qui les sépare de tous les autres associés qui travaillent *pour d'autres* et ne se trouvent enrichis qu'indirectement, par le salaire ou le négoce.

Mais qu'on se rassure : il est possible de rendre les associés aussi nombreux que les acheteurs étrangers auxquels on voudrait vendre. Il suffit, pour y arriver, d'un très-honnête détour, ou mieux encore, d'une simple précaution. Ne pouvant nous restreindre à vendre seulement aux associés, nous ferons, de tous nos acheteurs, des associés. Pour cela, il ne sera besoin que de délivrer à toute personne qui se proposera d'a-

*cheter habituellement* à la société tout ou partie de ses denrées, un livret de *consommateur-associé*.

De là notre TROISIÈME PROPOSITION : *Toute personne peut devenir membre de la société de consommation, en demandant, lors de son premier achat, un livret de CONSOMMATEUR-ASSOCIÉ.*

Ceci est la base de tout notre système, aussi nous a-t-on fait trois nouvelles objections, l'une de fait, les deux autres de droit.

D'abord, en droit : « C'est, nous dit-on, éluder trop cavalièrement la difficulté que de donner à tous vos acheteurs la qualité d'associés dont vous avez besoin pour eux. » On nous trouve plus hardi encore que le prêteur romain qui savait si bien tourner les difficultés du vieux droit civil. Je réponds qu'on n'impose, non plus, aucune condition préalable aux associés de nos grandes compagnies de finance et d'industrie : il suffit d'être acheteur d'une action, pour adhérer aux statuts imprimés, par extrait, *au dos* du titre, et ainsi, pour devenir associé. Faudra-t-il donc, pour nos associés, par exception, un temps d'épreuve? un stage quelconque? un surnumérariat? Nous le prenons parmi les étrangers : il faut bien le prendre quelque part! mais l'important est qu'une fois admis, nous le conservions comme associé. Nous ne lui demandons pour cela que de déclarer qu'il restera *consommateur habituel* de la société, tant qu'il ne se démettra pas du livret; en outre, il acquitte un léger droit d'entrée, une fois payé; enfin nous sommes d'avis que le postulant doit être obligé de faire une demande, écrite ou verbale, appuyée de deux membres anciens. N'y a-t-il pas, au contraire de ce qu'on nous reproche, excès de formalités?

On nous dit encore (ceci est l'objection de fait) : « Les simples acheteurs, dont vous voudrez faire des associés, refuseront votre livret; ils y verront des dangers, ils craindront une responsabilité, des obligations imprévues; celui qui vient vous demander une denrée n'a pas le désir d'être mêlé à vos opérations. »

Je réponds que, du moment que la qualité d'associé-consommateur ne peut produire, après l'achat payé, qu'un seul effet, celui de donner droit à recouvrer une partie du prix de la denrée, il faudrait que l'acheteur fût bien dépourvu du sens commun pour voir là un danger; il ne faut pas faire une pareille injure à nos ouvriers. Quant à ceux qui, par impossible, per-

sisteraient à se croire exposés à des recours, il n'y aurait qu'à se féliciter de ne pas les avoir pour associés.

Mais voici qui est plus grave, et c'est la dernière ressource de nos adversaires aux abois. Ils nous disent : « Comment vos simples acheteurs peuvent-ils être associés s'ils ne font un apport, condition essentielle de toute société? Où est leur apport? »

Leur apport est une partie du prix de la denrée, c'est l'excédant du prix *de revente* par la société sur le prix *de revient*.

Qu'on n'oublie pas, en effet, que nos consommateurs achètent au prix du commerce, pour les causes indiquées ci-dessus, et, ce faisant, ils payent d'abord *trop cher*, comme quand ils achètent au petit commerce qui fait payer son rouage dont nous voulons affranchir l'ouvrier. Ils apportent donc à la société 10, 15 ou 20 p. 100 du prix de leur consommation; avec cela la société bénéficie pendant un exercice, au bout duquel elle rend aux consommateurs ce qu'elle a reçu d'eux au-dessus du juste prix, plus une portion de ses bénéfices.

Mais on insiste en nous disant : « Cet apport, si toutefois ce nom lui convient, est, dans tous les cas, placé bien en dehors des conditions ordinaires, car il est restitué après chaque exercice, en sorte qu'un associé qui ne consommerait rien pendant un exercice n'aurait plus d'apport aux mains de la société et n'aurait, par suite, rien à recevoir à la fin du nouvel exercice. »

D'abord, quand cela serait, il n'y aurait rien d'inadmissible ni d'embarrassant : celui qui n'est pas consommateur, pendant tout un exercice, n'est plus associé; le propre de nos nouvelles sociétés n'est-il pas justement d'avoir un personnel mobile et un capital variable? En outre, rien n'empêche celui qui doit s'éloigner pendant un temps assez long du siège de la société, et qui pourtant désire en rester membre, de laisser aux mains de celle-ci une fraction de son dernier dividende, pour laquelle il sera considéré et traité comme bailleur de fonds. Ce serait même une utile concession à faire aux esprits inquiets et toujours à la recherche des objections, que d'insérer, dans les statuts, cette clause : « Tout associé-consommateur qui ne sera pas démissionnaire devra laisser à la société, jusqu'à sa retraite définitive, la moitié de ses dividendes, à l'égard de laquelle il sera considéré comme bailleur de fonds. »

Ne perdons pas de vue, en effet, que si les acheteurs peuvent devenir coopérateurs par le seul fait de l'obtention d'un livret, ils ne seront pas les seuls associés, ni même les principaux. Les associés les plus intéressants, ceux qui devront être le mieux partagés dans la répartition des bénéfices, seront les bailleurs de fonds et, en première ligne, la Société de Crédit qui aura fourni la commandite ; ensuite ceux qui fourniront un travail quelconque relatif à la gestion et à l'exploitation du fonds social ; aussi les statuts devront-ils toujours déterminer les parts de bénéfices attribuées séparément aux diverses classes de coopérateurs, c'est-à-dire aux bailleurs de fonds, à ceux qui fournissent leur travail (lequel sera estimé en argent), enfin aux simples consommateurs.

Jusqu'ici j'ai toujours pris pour type une société *de consommation* ; est-il possible d'en dire autant des sociétés *de production* et de *crédit mutuel* ? — Je le prétends.

D'abord, pour cette dernière, cela ne se discute pas : une société ne prêtant qu'à ses membres ou escomptant leurs billets, est une véritable *banque fraternelle* qui ne tombera pas plus sous l'application de la loi commerciale que le prêt que nous faisons à un ami.

Mais pour la société de production, si je ne suis pas arrivé aussi facilement à la même conviction, au moins aujourd'hui est-elle entière. Ainsi je soutiens qu'une société coopérative, formée pour l'achat de matières premières et leur transformation en produits manufacturés, peut échapper à la qualification de commerciale qui lui est imposée par l'article 632 du Code de Commerce, à la condition de ne vendre qu'à ses associés.

Cependant il semble encore plus nécessaire, sous peine de ne faire que végéter, que la société de travail et de production vende à d'autres qu'à ses membres ; car on ne consomme pas des vêtements, des chaussures, des coiffures, des meubles, des ustensiles, comme on consomme des denrées alimentaires, et ce serait encore bien plus vrai pour les objets de luxe ou de pur agrément, tels que les bijoux, les étoffes de prix, les instruments de musique ou de précision, etc. Pour ces objets, disons-le de suite, nous laissons les sociétés qui s'y consacrent, sous l'empire exclusif du droit commercial. Mais pour les objets de première nécessité, pendant que nos adversaires

souriront dans leur dernier retranchement, nos partisans vont encore se rassurer : il sera facile, sous l'influence et par l'entremise de la société-mère, de la *société de crédit*, de relier, de grouper plusieurs sociétés de consommation autour d'une société de production, et comme les premières seront toujours les plus nombreuses, par la nature même de leur but, les autres auront ainsi l'assurance d'une clientèle considérable. Les sociétés de consommation qui délivrent déjà des jetons de pain, de viande, de pharmacie, etc., délivreront alors des jetons ou des bons représentant une valeur en vêtements, chaussures, ustensiles, etc. Ces signes représentatifs d'une valeur courante seront la monnaie fiduciaire des associés. Et qu'on n'y voie pas une atteinte portée à l'immunité du droit du Souverain qui seul peut *battre monnaie* : les modestes jetons que délivrent certains commerçants à leurs clients habituels, avec un léger abaissement du prix, ont-ils jamais été considérés comme portant atteinte au droit régalien ?

Je me borne à indiquer cette combinaison du jeu des trois classes de sociétés coopératives ; il est facile d'en entrevoir toute la puissance bienfaitrice.

Quel pas ce serait vers la solution du grand problème que ce siècle ne désespère pas encore de résoudre, l'extinction du paupérisme ! Quand le travail ne sera plus salarié, mais qu'il sera affranchi du capital, les travailleurs seront les meilleurs défenseurs de l'ordre social, parce qu'ils lutteront alors *pro domo sua* ; l'âge n'amènera plus l'indigence, mais le repos ; les valides, les jeunes et les forts travailleront pour les faibles et les infirmes, et si « nous devons toujours avoir des pauvres parmi nous », il ne restera plus, au moins, que les esclaves du vice et de la paresse, ces derniers éléments du paupérisme qu'il sera peut-être impossible d'extirper.

## DEUXIÈME PARTIE.

ACTIF ET TITRES ; PASSIF ET RESPONSABILITÉ ; ADMINISTRATION ET PUBLICITÉ  
DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES CIVILES.

Maintenant que j'ai établi mes trois Propositions principales :

1° Les sociétés de crédit sont civiles quand elles ne commanditent que des sociétés également civiles ;

2° Les sociétés de consommation et de production sont civiles elles-mêmes, quand elles ne vendent qu'à leurs associés;

3° Il suffit d'obtenir un livret de consommateur pour être associé;

Nous n'avons plus qu'à exposer rapidement le mode de fonctionnement de ces sociétés, en prenant cette fois pour type la Société de Crédit, celle qui doit donner la vie aux autres en les commanditant, en les patronant et en les reliant entre elles.

Ici nous ne procéderons plus par voie de *Propositions*, mais par voie de *Questions* dont nous donnerons les solutions justifiées. Il ne s'agit plus, en effet, de démontrer notre système et de renverser des objections, mais de répondre à plusieurs questions que ne manqueraient pas de nous faire ceux mêmes que nous aurons convaincus.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour suprême, les sociétés civiles sont des personnes morales et juridiques : elles ont, en conséquence, un actif et un passif distinct de ceux de la personne des associés, ce qui est, du reste, un point commun aux sociétés civiles et commerciales. Les nôtres seront donc dans ce cas.

Et d'abord : *Comment se formera leur actif?* — Il proviendra des souscriptions individuelles, c'est-à-dire des promesses de cotisations annuelles, mensuelles ou hebdomadaires, et des sommes versées comptant; en outre, des apports en travaux et services divers de gestion et d'exploitation, estimés en argent, suivant les statuts. On peut concevoir aussi que plusieurs sociétés civiles de crédit se réunissent elles-mêmes par le lien de la société et que l'une commande l'autre; une société commerciale de crédit pourrait même commanditer une société civile, sans que celle-ci changeât de nature; mais la réciproque ne serait pas vraie. L'actif ainsi formé s'augmentera encore des bénéfices réalisés par les commandites fournies aux sociétés de consommation et de production; seulement les bénéfices ne sont pas destinés à grossir indéfiniment le fonds social; ils sont versés, en tout ou partie, à titre de dividende, aux diverses classes d'associés. Enfin l'actif se diminuera par les remboursements faits aux associés qui se retireront après l'époque pour laquelle ils se sont engagés.

Maintenant : *Quelle sera la nature du titre des associés?*



*Sera-t-il négociable, ou non ? Sera-ce une action, ou un intérêt ?*

— Du moment qu'il est établi que la commandite n'est pas exclusivement réservée au commerce, pourquoi douterait-on que l'action fût susceptible d'être civile, aussi bien que commerciale ? N'avons-nous pas donné, en commençant, la preuve que la forme est sans influence sur le caractère des sociétés ? Donc les souscripteurs pourront être actionnaires, et leur titre sera négociable, avec plus ou moins de facilité, suivant qu'il sera nominatif ou au porteur. La seule limite qu'il conviendrait peut-être d'apporter à cette faculté, serait de ne délivrer l'action négociable qu'après le versement intégral de la cotisation. Jusque-là, un titre nominatif et incessible serait peut-être préférable, pour éviter de fâcheuses spéculations, ou l'oubli des bonnes résolutions par ceux qui ne seraient pas encore façonnés à l'épargne. En fait, les statuts de Valence n'ont permis la cession qu'avec l'agrément de la société.

Quant à la disposition des lois de 1856 et 1863 qui limitent le *minimum* des actions à 100 francs, elle ne saurait être applicable ici, puisque nous puisons le système de l'action dans le droit commun et non dans le droit commercial. Le projet de loi, quoique fait en vue de la coopération *commerciale*, abandonne aussi le *minimum* de 100 francs.

Le *passif* consistera principalement : dans les promesses de commandites aux sociétés secondaires, dans les emprunts et dans les frais généraux. Si une société de crédit est commanditée par une autre, cette commandite ne figure pas au passif, elle rentre dans l'actif social.

Ce qui importe le plus ici, c'est de savoir : *Quelle est la garantie des tiers, créanciers de la société ?* ou, sous une autre forme : *Quelle est la responsabilité des associés envers les tiers ?*

De toutes les questions pratiques, celle-ci est la plus importante, et aussi la plus difficile à résoudre à la satisfaction des intérêts respectifs et des principes du droit.

Les créanciers auront d'abord pour gage incontestable le fonds social qui leur est réservé, à l'exclusion des créanciers personnels des associés.

Mais, en cas d'insuffisance, *Pourront-ils poursuivre les associés individuellement, sur leurs biens propres, au delà de leur mise ?* Ou, *Ne pourront-ils poursuivre ainsi que les gérants ?*

Ou même, *Ne pourront-ils pas être privés de tout recours individuel ?*

Si nous examinons le droit commun des sociétés civiles, il n'y a pas de doute possible : chaque associé est tenu, d'après l'article 1853 du Code Napoléon, *d'une part de dettes proportionnelle à sa mise dans le fonds de la société*. Ce n'est pas la solidarité de la société commerciale *en nom collectif*; ce n'est pas non plus l'obligation mesurée à la mise des trois autres sociétés commerciales : *anonyme, en commandite, et à responsabilité limitée* (je ne parle pas de la société bâtarde *en participation*, qui n'a pas d'existence légale à l'égard des tiers); cette responsabilité du Code Napoléon est justement celle qu'un jeune économiste<sup>1</sup> désirait voir introduire par la loi nouvelle, c'est la *responsabilité proportionnelle intégrale* : c'est-à-dire que chacun des associés, gérant ou non, peut être poursuivi pour une part de dettes proportionnelle à sa mise, mais pouvant dépasser le montant de cette mise. Ainsi, par exemple, si le passif est de 120 et l'actif réduit à 100, l'associé qui aura apporté 10, payera 12 p. 100, celui qui a mis 20, payera 24 p. 100. Tel est le droit commun, et il est strictement équitable.

Il faut reconnaître, pourtant, que cette obligation basée sur la mise, mais pouvant l'excéder, présente un double inconvénient. Le premier, c'est d'effrayer les petits souscripteurs auxquels surtout on fait appel : ils veulent bien hasarder leur épargne *réalisée*, mais non risquer leurs épargnes *futures*. La nouvelle société de Valence n'aurait eu aucun souscripteur à cette condition, et, sans doute, il en sera de même partout ailleurs. L'autre inconvénient est pour la société elle-même, qui aura moins de crédit, quand elle ne présentera aux tiers que la garantie incertaine de gens vivant, pour la plupart, de leur travail journalier et difficiles à discuter.

Heureusement que cette responsabilité légale des associés n'est pas de l'essence de la société civile, et qu'elle peut être modifiée par les conventions particulières (art. 1853 et 1855); parmi ces conventions se placera naturellement, dans tous les statuts prévoyants, la clause qui limite à leur mise la responsabilité des simples bailleurs de fonds.

<sup>1</sup> V. un article de M. Léon Walras, dans le *Journal des Économistes*, de mars 1865.

*Mais ne faudra-t-il pas, au moins dans ce cas, qu'il y ait une responsabilité intégrale des gérants ?*

En fait, celle de Valence a admis la responsabilité illimitée de son gérant vis-à-vis des tiers. Mais je considère cette condition comme un encouragement aux tiers. Il n'était pas prudent peut-être de réunir toutes les hardiesses au début. Mais je crois qu'on peut soutenir, sans témérité, que cet avantage n'a rien d'exorbitant et n'est pas réservé à l'*anonymat*, ni à la *responsabilité limitée* de la loi de 1863.

Le projet de loi est presque muet sur ce point.

Le principe est que les conventions sont libres, en dehors des cas qui intéressent l'ordre public ; quand les tiers sauront qu'ils n'ont pas d'autre gage que le fonds social réalisé et les cotisations promises, il n'y aura pas de surprise pour eux : j'entrevois, d'ailleurs, que leur réserve sera la meilleure sauvegarde de la société contre les entreprises téméraires.

La loi nouvelle pourrait donc, sans inconvénient, affranchir le gérant lui-même de toute responsabilité personnelle, sauf à restreindre son pouvoir d'emprunter ou de promettre des commandites. Ainsi il pourrait lui être défendu, dans ce but, de contracter des engagements au delà d'une fraction déterminée du fonds social réalisé ou des cotisations promises et approchant de leur échéance.

Cette dernière disposition aurait, en outre, un grand avantage : en préservant la société des imprudences du gérant, elle supprime une sérieuse difficulté au sujet des associés qui sortent de la société et retirent leur apport. Il ne sera plus question de réserver contre eux un recours subsidiaire qui eût été illusoire. La société de Valence a mis une limite de ce genre aux pouvoirs du gérant.

Il me reste à résoudre deux questions qui ne sont pas sans intérêt pratique :

*Faut-il appliquer, à nos simples bailleurs de fonds qui s'immisceraient dans la gestion, la pénalité rigoureuse de la loi commerciale qui les déclare responsables, comme les gérants eux mêmes [cette question, on le conçoit, n'a d'importance que si les gérants sont soumis à une responsabilité intégrale] ?*

Je le crois insoutenable, toujours parce que nous sommes dans le droit civil, c'est-à-dire dans le droit commun ; l'article 28 du Code de Commerce, que je n'ai ni à critiquer ni à

justifier, peut avoir sa raison d'être dans les sociétés pour lesquelles il a été fait; il faut l'y laisser. En conséquence, nous appliquerons au bailleur de fonds qui s'immiscerait dans la gestion, avec mandat du gérant, ou spontanément : au premier cas, les règles du mandat civil; au second, celles de la gestion d'affaires.

Enfin, *Faut-il publier, lors de leur fondation, les sociétés coopératives civiles?*

Sans aucun doute, la publicité sera utile aux tiers, et elle sera aussi dans l'intérêt de la société elle-même et de son crédit : celle-ci ne saurait manquer, d'ailleurs, au moment d'un emprunt ou d'un engagement, de communiquer aux intéressés des états de situation. Mais si, en fait, aucune publicité originale n'avait eu lieu, il n'en saurait, quant à présent, résulter aucune nullité, parce que les lois commerciales seules, jusqu'ici, ont édicté de pareilles pénalités qu'il est d'ailleurs permis de trouver rigoureuses et exagérées.

#### CONCLUSION.

Si je ne m'abuse, la partie la plus difficile du problème est maintenant résolue : les sociétés coopératives sont susceptibles d'être constituées civilement, et elles peuvent *vendre au public, sans faire le commerce*; car, au moyen de notre combinaison, celui qui se présente la première fois à la société comme acheteur étranger, la quitte *associé*. Mais, je le répète, je n'ai nul désir de voir toutes les sociétés coopératives rester civiles et fuir le caractère commercial, lequel est notamment bien préférable pour les sociétés de production appliquées aux objets de luxe, et, pour les autres, il pourra y avoir souvent, en fait, des avantages à adopter la forme commerciale; ce que j'ai dit du moyen de grouper et de relier entre elles plusieurs sociétés coopératives s'appliquera, d'ailleurs, plus aisément aux sociétés commerciales.

Mais ce que je croyais nécessaire de démontrer, c'était que l'organisation *civile* est possible pour la coopération appliquée au *crédit*, à la *consommation* et à la *production* : de cette façon les nouvelles sociétés pourront se constituer avec une liberté et une simplicité que leur refuse la loi commerciale; leurs membres pourront bannir tout scrupule, au sujet des incompa-

tibilités professionnelles; de cette façon enfin, satisfaction se trouve donnée aux légitimes susceptibilités des classes ouvrières qui, l'an dernier, ont demandé *le droit commun* et ont repoussé l'idée d'un droit exceptionnel, même plus favorable <sup>1</sup>.

Ce que nous avons fait, est surtout un hommage rendu au Code Napoléon. Nous nous écrivons volontiers, avec l'illustre magistrat dont l'autorité nous a été si précieuse pour notre première proposition : « La liberté est dans le Code civil, voilà « pourquoi nous aimons ce Code et pourquoi nous le défendons ! » (*Sociétés*, n° 1077 et dernier.)

Est-ce à dire que nous croyions inutile une loi nouvelle et que nous devions lui reprocher de nous offrir ce que nous aurions déjà ?

Nullement ! Quand cette loi ne ferait que consacrer à nouveau les solutions que nous paraît déjà fournir le Code Napoléon, elle serait déjà une chose très-utile, car elle mettrait hors de doute ce que nous avons eu quelque peine à établir et ce que nous n'espérons pas avoir fait accepter à tous les esprits, même aux plus libéraux en fait d'interprétation des lois.

Ce n'est pas tout, la loi projetée promet d'heureuses innovations qui allégeront considérablement les charges de nos sociétés : ainsi, sans parler d'une publicité presque gratuite, je vois qu'au cas de recours en justice les administrateurs y représenteront la société, sans qu'il soit nécessaire de payer un droit d'enregistrement pour chacun de ses membres, ce que la jurisprudence n'aurait jamais cru pouvoir admettre. Le fisc sacrifiera ainsi ses exigences à la prospérité publique. Bien plus ! déjà, par une décision toute libérale, Son Exc. le Ministre des finances a affranchi du *droit de détail* les boissons qui seraient fournies par les sociétés de consommation à leurs membres. Voilà encore un élément fécond de moralisation pour les classes pauvres ; car, dans les nouvelles associations, la boisson la plus salubre de l'homme sera partagée en famille, et l'on n'aura plus le triste spectacle de l'intempérance égoïste de son chef.

Je ne puis donc m'empêcher, en terminant, de reconnaître

<sup>1</sup> V., à ce sujet, un excellent article de M. Jay, avocat, dans le *Journal des Économistes*, juillet 1865 : *La question légale des associations et le droit commun*.

la parfaite vérité de ces paroles de l'Empereur, dans son dernier discours : « L'enquête sur les sociétés coopératives est venue démontrer combien étaient justes les bases de la loi qui vous a été présentée sur cette importante matière. »

En effet, la loi projetée fécondera et vivifiera les principes déposés dans le Code Napoléon et qu'on n'avait pas songé, jusqu'ici, à mettre à profit. G. BOISSONADE.

### QUOTITÉ DISPONIBLE.

Rapport au Sénat par M. SUIN<sup>1</sup>.

Pour faire bien comprendre l'importance de la question que soulève la pétition du sieur Dufô, il faudrait reproduire ici les interminables discussions auxquelles a donné lieu l'interprétation ou plutôt la conciliation des articles 785, 786, 843, 845, 913, 921 et 924 du Code Napoléon. C'est le plus long problème judiciaire que nous connaissions, et celui dont la solution, que nous espérons devoir être définitive, se soit fait attendre le plus longtemps; la question a subi plusieurs phases, elle a partagé inégalement, il est vrai, quant au nombre, mais non pas quant au talent, les auteurs, les tribunaux, les Cours impériales et la Cour de cassation elle-même; la jurisprudence a varié dans les mêmes sièges; un arrêt solennel, rendu le 27 novembre 1863, sur les conclusions conformes de notre très-savant et très-regrettable collègue M. le procureur général Dupin, a mis fin à cette trop longue controverse.

Trois systèmes ont été mis en présence. Par le premier, l'enfant donataire en avancement d'hoirie ne pouvait, en renonçant, retenir, outre le bénéfice de la donation, sa part dans la réserve. C'est ce système qu'avait consacré la Cour suprême, par son arrêt du 18 février 1818, connu dans la doctrine sous le nom de *la Roque de Mons*.

Le second système essaya une transaction, une conciliation entre cette règle qu'on trouvait trop absolue, et la décision contraire que proposaient les partisans du cumul. Ce système,

<sup>1</sup> Il nous a paru utile d'enregistrer ce rapport relatif à une importante question de droit civil. Elle a donné lieu à un revirement de jurisprudence. Convierait-il d'établir législativement quelque nouveau principe? — Il est bon de connaître sur ce point l'opinion exprimée par le premier corps de l'Etat.

qu'on appela celui de l'imputation, consistait à faire imputer la donation d'abord sur la réserve à laquelle aurait eu droit l'enfant renonçant s'il se fût porté héritier, et subsidiairement sur la quotité disponible, de manière à laisser libre pour être recueillie par tout donataire ultérieur, soit la totalité, soit le restant de cette quotité disponible. Cette solution mixte commença à prendre sa place dans la jurisprudence par les arrêts de la Cour de cassation des 11 août 1829 et 24 mars 1834. Mais cette conciliation ne pouvait être que temporaire, elle conduisait fatalement à la décision du cumul. Il y avait dans la transaction des contradictions que ne pouvaient admettre deux principes qui tous deux voulaient être absolus. L'entraînement devint irrésistible, et, le 17 mai 1843, la Cour de cassation admit enfin le principe du cumul de la donation et de la part dans la réserve même, sous le palliatif de l'imputation. La majeure partie des Cours impériales commença de lutter contre cette jurisprudence; la doctrine s'insurgea, des volumes furent écrits et publiés. Plus de cinquante auteurs prirent part à la controverse. Enfin la Cour suprême, sections réunies, vint de prononcer le *quos ego* qui doit pour toujours faire taire toutes ces divergences. L'arrêt du 27 novembre 1863 est un retour complet au système de 1818; mais il établit d'une main plus ferme des points dont nous avons besoin pour répondre à la pétition du sieur Dufô.

Il décide formellement que la réserve n'est rien autre chose que la succession elle-même, la succession *ab intestat*; que pour avoir une part il faut être héritier, que l'enfant renonçant ne l'a jamais été, et par conséquent n'a jamais eu plus de part qu'un étranger; que sa donation ne peut être prise que sur la quotité disponible qu'elle épuise en totalité ou en partie; que lorsque la donation s'épuise en totalité, il ne peut y avoir lieu à trouver dans la succession, qui appartient aux héritiers, une seconde portion disponible qu'on prendra sur la part du renonçant. Cette dernière solution se tire inévitablement du système d'imputation sur la réserve que proscrit l'arrêt, en la faisant porter sur la quotité disponible.

Le pétitionnaire est loin de contredire à cet arrêt : il l'a désiré et appelé de ses vœux, il en adopte tous les principes; seulement il prévoit une conséquence qu'il voudrait empêcher de se produire. Dans un cas donné, c'est l'anéantissement de

la volonté paternelle au moyen d'une renonciation frauduleuse convenue entre le donataire en avancement d'hoirie et un autre héritier non avantage; et, pour faire mieux saisir sa pensée, il pose l'espèce suivante :

Un père laisse trois enfants. Par une première donation il a doté l'aîné d'une somme de 10,000 francs, mais en avancement d'hoirie seulement. Plus tard son affection se déplace, il fait donation de la quotité disponible à un autre enfant par préciput et hors part. Il meurt. La fortune tout entière, en y réunissant les libéralités, s'élève à 40,000 francs; la portion disponible est donc de 10,000 francs. Si les choses se passent comme l'a voulu le père de famille, l'enfant premier doté acceptant rapporte ses 10,000 francs, qu'il reprend ensuite comme sa part dans la réserve, qui se compose de 30,000 francs; le second enfant doté conserve ses 10,000 francs reçus pour préciput et hors part, et, cumulant sa part dans la réserve, il prend en tout 20,000 francs : il reste donc 10,000 francs pour le troisième enfant, qui n'a pas à se plaindre puisque c'est sa part dans la réserve.

(Notons ici, en passant, que si le père n'eût fait aucune disposition, la part de chacun des enfants eût été de 13,333 fr. 33 c.)

L'enfant premier doté en avancement d'hoirie dit au troisième : Si je renonce, ma donation sera imputée sur la quotité disponible qu'elle absorbe; j'anéantis ainsi le préciput fait à notre frère, et la moitié dans les 30,000 francs, montant de la réserve, sera de 15,000 francs; tu vas par là bénéficier de 5,000 francs, et notre frère, au lieu de 10,000 francs de préciput, n'aura plus comme toi qu'un bénéfice de 5,000 francs. Partageons le bénéfice que te procurera ma renonciation, et je le fais immédiatement.

Par cette fraude très-praticable, dit le pétitionnaire, la volonté paternelle sera éludée; c'est un grave inconvénient, qu'on éviterait en décidant, par exception aux articles 786 et 845, que la part du renonçant, au lieu de rentrer dans la réserve qui appartient à tous les héritiers par égales portions, sera attribuée tout entière au donataire par préciput. Ainsi dans l'espèce, le renonçant gardera ses 10,000 francs, qui forment justement la part qu'il aurait eue dans la réserve s'il eût accepté. Le troisième héritier prend aussi la même part à laquelle l'intention du père l'a réduit; et quant au donataire par pré-



ciput, il prendra les 20,000 francs, et de cette manière la volonté paternelle recevra son exécution sans éprouver la moindre atteinte.

Avant de montrer en quoi pèche la nouvelle forme de procédure proposée par le sieur Dufô, constatons la grande amélioration produite par l'arrêt du 27 novembre 1863. Quand la doctrine du cumul régnait sans mélange, l'enfant renonçant aurait pris les 20,000 francs, et le préciputaire n'aurait eu, comme le dernier enfant non doté, que 10,000 francs. Aujourd'hui au moins il recevra 15,000 francs avec la fraude pratiquée par les autres.

Quel est donc le but de la modification dont le sieur Dufô croit être l'inventeur? C'est de prévenir une fraude dans un cas donné, dans une espèce posée, et de donner alors satisfaction entière à l'intention paternelle : nous disons entière, car même, par la renonciation, l'enfant préciputaire aura encore plus que chacun des deux autres, qui, en partageant frauduleusement, n'auront chacun que 12,500 francs.

Mais est-ce que c'est dans la prévision d'une fraude possible, et dans un cas unique, que le législateur doit modifier une loi comme le Code Napoléon, œuvre complète, d'une cohésion remarquable, qui doit assurer sa solidité à travers les siècles? S'il avait fallu prévoir toutes les ruses auxquelles pourrait recourir la cupidité humaine, il aurait fallu descendre dans des détails que la prudence du législateur aurait inutilement tenté de deviner. Il a établi des tribunaux et les a armés pour les cas de fraude de facultés étendues qui font des magistrats pour ainsi dire des jurés, ainsi qu'on peut s'en convaincre en lisant l'article 1353. Dans le cas posé, au jour du partage du bénéfice, l'héritier du renonçant sera à la merci de son complice, et le trompeur pourra bien être lui-même trompé. Quand les magistrats verront renoncer, sans autre intérêt qu'une fraude de pratique, à une succession qui assure au renonçant une part au moins égale à sa donation, et faire ainsi une injure gratuite à la mémoire de son père, il ne sera pas difficile d'arriver à la découverte de la vérité, et le préciputaire, soit par un interrogatoire sur faits et articles, soit par la délation du serment, parviendrait à obtenir justice; car ce que le pétitionnaire appelle une renonciation n'en est pas une, puisque le renonçant en recevrait quelque chose : c'est une renonciation *aliquo dato*,

et tous les jurés consultés, anciens et modernes, ont tenu qu'un pareil acte était une véritable acceptation.

Mais pour démontrer plus directement l'inadmissibilité de la modification proposée, nous dirons que l'autorité paternelle, dont on prend ici la défense, n'a point à se plaindre. Le père était prévenu, il connaissait la loi, il savait, en faisant la première donation en avancement d'hoirie seulement, que la renonciation pouvait lui enlever la disponibilité et dispenser du rapport. C'était à lui, s'il lui a plu de déplacer ses affections, de faire des préférences et de créer des inégalités, c'était à lui, disons-nous, de prendre des précautions et de faire ses affaires en conséquence.

Mais la loi, qui est plus favorable à l'égalité entre tous les enfants, doit-elle, pour protéger une exception qu'elle a permise, faire une violation à des principes qu'elle-même a posés?

Ainsi, pour donner au précipitaire la part du renonçant, il faudra supposer que ce dernier a eu une part; or, aux termes de l'article 785, il n'a jamais été héritier.

Il faudrait dire que la réserve n'est plus la succession *ab intestat* moins la quotité disponible, puisqu'on prendrait sur cette réserve, qui appartient en masse à tous les héritiers, une seconde quotité disponible pour la donner au précipitaire, ce qui serait indirectement dire que le renonçant, au lieu de prendre, comme un étranger, la quotité disponible, a véritablement pris sa part dans la réserve.

Le législateur, nous dira-t-on, peut tout; il peut faire ce que la jurisprudence ne peut opérer par l'interprétation. Non, le législateur ne peut, pour prévenir une rare exception, peu favorable d'ailleurs, heurter des principes sacrés qu'il a lui-même établis.

Le pétitionnaire, au surplus, est-il bien certain que, par cette modification, il assure l'exécution complète de la volonté paternelle? Il a raisonné pour une espèce qu'il a posée à son aise, celle où il n'y a que trois enfants et où la donation en avancement d'hoirie embrasse toute la quotité disponible; c'est une espèce bien restreinte, et qui ne vaut pas la peine de faire une telle innovation. Mais changeons le nombre des enfants, et il verra que son remède est impuissant.

Supposons, en effet, six enfants au lieu de trois; la part normale, si le père n'a fait aucune disposition, sera de 6,666 fr.

pour une succession de 40,000 ; la quotité disponible n'en sera pas moins de 10,000, c'est-à-dire le quart ; l'enfant renonçant a emporté les 10,000 francs que sa renonciation le dispense de rapporter, et qui absorbe la quotité disponible. Il ne reste que 30,000 francs, que les cinq autres enfants se partagent également. Le précipitaire n'a que 6,000 francs. Si le renonçant eût rapporté, et si les choses eussent été comme le voulait le père, le donataire par préciput aurait d'abord pris 10,000 f., montant de la donation ; il aurait cumulé sa part dans la réserve, et aurait ainsi reçu 15,000 francs. Voilà l'intervention du père de famille avec toute son exécution. Exécutons maintenant avec la modification proposée : pour donner au précipitaire déchu la part du renonçant, il faut faire cette part, et les enfants sont alors six pour partager les 30,000 francs, ce qui fera pour chacun 5,000 francs. Le précipitaire, ainsi réduit à 5,000 francs pour sa part, même en y ajoutant les 5,000 francs du renonçant, n'aura toujours que 10,000 francs au lieu de 15,000 que devait lui assurer la volonté de son père, qui reste ainsi sans l'exécution prévue. Le but n'est donc pas atteint.

Devons-nous conseiller une innovation aussi considérable pour n'obtenir qu'un aussi triste résultat ? La morale de tout ceci, c'est qu'il faut encore maintenir avec plus de faveur le principe fondamental de notre loi sur les successions, qui est l'égalité entre tous les enfants d'un même père.

Nous avons dit que le sieur Dufô se croyait l'inventeur de cette proposition. Il se trompe. Elle était depuis longtemps connue : M. Duranton l'avait mise en avant, vol. III, n° 287, et M. Rodière s'en était aussi emparé (V. la *Revue de législation*, t. II, p. 360) ; mais elle fut vigoureusement repoussée par d'autres jurisconsultes, et notamment par le professeur Demolombe en son *Traité des donations*, vol. II, p. 146.

Aucune de ces considérations n'avait échappé à l'éminent rapporteur de l'arrêt du 27 novembre 1863, M. Faustin-Hélie, et il terminait ainsi son rapport si remarquable : « C'est au disposant de conjurer ce péril par sa prévoyance. Il doit connaître la loi, il doit savoir la faculté d'option qu'elle laisse au donataire, il doit en prévoir et en régler les effets ; le législateur, en posant ses règles, ne peut empêcher qu'il en soit fait abus ; il a dû se fier à la prudence éclairée des pères, qui doivent peser leurs ressources et leurs dispositions ; des in-

convénients plus graves suivraient peut-être ; etc., etc. »

Le savant professeur Demolombe conseille au père donateur d'opposer à la donation par avancement d'hoirie, et comme une condition résolutoire, le rapport en cas de renonciation, et, s'exprimant sur l'idée de recourir à la législation pour trouver un remède, il termine en ces termes : « Et pourtant, l'avouons-nous, cette ressource ne nous laisserait pas non plus sans crainte, et nous ne pourrions nous défendre d'un sentiment d'inquiétude le jour où l'on entreprendrait de changer l'une des plus importantes assises de ce grand édifice sur lequel repose tout notre système des successions et donations. Serait-on bien sûr de ne pas l'ébranler dans ses fondements et de ne pas en détruire l'harmonie? Et qui pourrait affirmer que cette arène de controverses scientifiques et judiciaires, depuis si longtemps ouverte sans doute, mais qui ne saurait guère, par cela même, tarder maintenant à se fermer, ne se rouvrirait pas, pour longtemps encore, à de nouvelles luttes? »

Ce terme prochain que prévoyait l'éminent jurisconsulte est arrivé ; le dernier arrêt a fixé la jurisprudence incertaine et raffermi les principes. Votre commission était pénétrée des mêmes appréhensions avant de savoir qu'elles étaient partagées par les hommes de la science, et c'est en présence d'un danger et dans l'absence d'un grand intérêt évident qu'elle vous propose de passer à l'ordre du jour sur la pétition.

(L'ordre du jour est adopté.)

## BIBLIOGRAPHIE.

### COURS D'ÉCONOMIE POLITIQUE A LA FACULTÉ DE DROIT,

Par M. BATBIE. — 2 volumes.

### MÉLANGES,

Par le même auteur. — 1 volume.

Compte rendu

par M. Henri AMELINE, avocat à la Cour impériale de Paris.

I. Le livre d'économie politique que M. Batbie vient de publier, est le cours qu'il a professé à l'École de droit l'année

dernière. La chaire d'économie politique à la Faculté de Paris est une innovation. Sa création, réclamée depuis longtemps, a été accueillie avec faveur, et M. Batbie a, par la variété et la clarté de son enseignement, répondu à l'attente de ceux qui se préoccupaient de combler cette incontestable lacune de notre enseignement.

Les deux volumes contiennent quarante-neuf leçons. M. Batbie nous dit, dans sa préface, qu'il a un moment hésité à les livrer au public. Nous croyons qu'il a bien fait cependant. Il était bon, pour les élèves et les lecteurs en général, de fixer les jalons et les arêtes principales de son cours. Pour ceux qui n'ont pu le suivre, la lecture suppléera à l'audition. Quant à ceux qui à l'avenir fréquenteront ses leçons, ils trouveront là les premiers aperçus de cette science, qui, en les familiarisant avec les idées du professeur, leur permettra de mieux comprendre les parties différentes et subséquentes de son enseignement.

Au premier abord, M. Batbie n'avait pas établi le plan de son *Cours*, croyant qu'il était préférable de conduire ses auditeurs par l'enchaînement successif des idées. A mesure qu'il a avancé, le besoin de la méthode par divisions s'est fait sentir. Sur la demande d'un auditeur, il a mis alors en relief l'ordre des matières qu'il a suivi. Nous pensons que cette manière de procéder s'adaptait mieux aux besoins de l'enseignement. Comment dans une science nouvelle qui embrasse tant d'horizons, comment l'esprit novice s'y reconnaîtrait-il, sans les grandes lignes et quelques divisions principales?

L'économie politique est la science de la richesse; il faut donc bien fixer ce qu'est la richesse, c'est-à-dire la valeur, et étudier comment elle se produit; en d'autres termes, analyser le capital. De là une première partie du *Cours* : la *production*. Cette production doit naturellement donner lieu, à peine d'être stérile, à un excédant de recette sur les dépenses. De là découle la *distribution* des bénéfices. Ils se partagent entre le propriétaire, l'ouvrier et le capitaliste, et ils prennent trois noms qui sont précisément corrélatifs aux personnes qui en jouissent : c'est la *rente foncière*, c'est le *salaire*, c'est le *profit*. Mais la distribution amène les échanges. Car chacun, ayant son travail spécial, produit au delà de ses besoins, et ce surplus lui permet de se procurer ce qu'il ne crée pas lui-même. Les échanges s'accomplissent d'abord par des choses usuelles, par des valeurs en nature; puis intervient l'office de la monnaie qui simplifie les rapports des hommes; et, autour de la monnaie, comme autour d'un centre principal, pivotent une foule d'instruments de crédit, effets de commerce, billets de banque, chèques, etc., qui accélèrent la *circulation* en la rendant plus commode. Il y a une cinquième partie dans l'économie politique : c'est la consommation, le but nécessaire et final de la richesse.

M. Batbie a terminé son *Cours* par un traité des principaux rapports de l'économie politique avec l'État.

Les généralités de son *Cours* se rencontrent assez ordinairement dans les ouvrages d'économie politique. Le professeur avait moins à créer la science qu'à l'exposer, à la vulgariser et à la préciser. Au contraire, la partie où il compare pratiquement l'économie politique avec la législation est véritablement neuve. Elle prouve que le ministère a été bien inspiré en plaçant cet enseignement à la Faculté de droit et en le confiant à un jurisconsulte. Dans cet ordre d'idées, M. Batbie est l'adversaire de la liberté testamentaire, le partisan de la réserve; ce qu'il voudrait seulement, et avec raison, c'est que la jurisprudence n'obligeât plus le père de famille à partager également ses meubles et ses immeubles entre ses enfants; il importe peu que les enfants reçoivent des meubles ou des immeubles en nature, du moment où la partie indisponible leur est attribuée.

M. Batbie demande, au contraire, la suppression du régime dotal; il n'admet pas que la liberté des conventions autorise à stipuler qu'un bien sera toujours inaliénable. Il ajoute que cette inaliénabilité n'est pas seulement contraire au crédit public, mais qu'elle se retourne encore contre l'intérêt de la famille, en lui interdisant l'aisance qui lui proviendrait de la vente de ces biens et la rivant ainsi à une regrettable immobilité.

C'est encore au nom du crédit que M. Batbie réclame le maintien de la contrainte par corps, non pas telle qu'elle existe aujourd'hui, mais facultative de la part des tribunaux. Cet arbitraire aurait bien quelque danger, et le savant professeur va trop loin quand il dit que « rien ne serait plus facile que de l'établir dans ces termes. » En tout cas, nous pensons qu'il faudrait énumérer dans la loi les cas où cette faculté pourrait être exercée par la justice. C'est ce que paraît demander M. Batbie, lorsqu'il signale, pour appliquer la contrainte par corps, le cas où le débiteur, qui ne voudrait pas payer, se prévaudrait de l'insaisissabilité des rentes qu'il a sur l'État.

Il y aurait moins d'inconvénients, à coup sûr, à solliciter instamment, comme il le fait, la diminution des longues et coûteuses formalités de la saisie immobilière qui empêchent les petits capitalistes de prêter à l'agriculture. De pareilles réformes sont éminemment utiles; mais nous ne partageons aucunement son opinion lorsqu'il supprime l'article 742 du Code de procédure civile et veut en revenir à la clause de *la voie parée*. Il a beau dire que les parties majeures sont maîtresses de régler leurs droits, nous considérons comme utile qu'un débiteur qui ne paye pas, ne soit pas brusquement exproprié par son créancier. Quand même le débiteur aurait

consenti cette douloureuse exécution, il se berçait sans doute d'espérances et d'illusions, il était peut-être sous le coup du besoin, il sommeillait jusqu'à l'expiration du terme; il ne faut pas qu'à l'heure fatale, l'avidité impitoyable du créancier punisse une imprévoyance excusable, par une ruine subite et complète.

Nous avons eu, pour notre part, quelque peine à comprendre pourquoi cet article a été attaqué même par les praticiens les plus autorisés, des magistrats éminents, et notamment M. Lavieille, ancien conseiller à la Cour de cassation, dans sa *Révision du Code de procédure de 1806*.

A côté de la liberté du crédit, l'auteur s'occupe de la liberté du travail et de l'industrie; il examine alors la question de la vénalité des charges. Assez indulgent en principe lorsqu'il justifie l'état actuel des officiers ministériels, par cette raison qu'ils donnent l'autorité aux actes et exercent une délégation de la puissance publique, il exagère, à notre avis, la liberté de l'industrie quand il demande la liberté absolue de la pharmacie. Je comprends que tout le monde ait le droit d'être pharmacien quand on offre les garanties voulues, qu'on n'interdise pas surtout, comme le demande M. Batbie, la vente des médicaments aux médecins; mais il y a des raisons très-acceptables pour qu'on exige dans cette profession un diplôme de capacité.

Dans cette voie, M. Batbie est amené à étudier successivement les questions actuelles de la liberté de la boulangerie, de la boucherie, des théâtres et des coalitions. Nous sommes étonné, nous l'avouons, de le voir, lui dont les opinions sont libérales, justifier les subventions théâtrales. Nous ne pouvons pas admettre ce motif que les théâtres « sont une partie de l'instruction publique, un établissement d'instruction » et constituent « un service qui profite à tous les citoyens directement ou indirectement. » Cette assimilation du théâtre et de l'école paraîtra forcée, quoique le professeur déclare ne la faire que pour les théâtres d'un genre élevé, dont l'influence serait propre à maintenir les grandes traditions de l'art contre les scandales de l'immoralité et l'altération du goût.

C'est ici que M. Batbie a critiqué quelques dispositions du droit privé qui lui ont paru en contradiction avec les principes de la science qu'il enseigne. Cette comparaison est neuve et fort intéressante pour les légistes et l'auditoire auquel il s'adressait. Au milieu d'observations très-justes, certaines critiques ont trop de hardiesse. Personne ne soutiendra le maintien dans notre Code Napoléon de la règle ancienne, mais entièrement injustifiable aujourd'hui du principe des donations « *donner et retenir ne vaut*; » mais il est à désirer que le retrait successoral, le retrait litigieux et la rescision de la vente d'immeubles pour raison de lésion de plus des sept douzièmes

soient conservés dans nos lois. Vous dites, à l'encontre du retrait successoral, qu'il viole la liberté des conventions intervenues entre l'héritier qui se retire et le tiers qui le remplace; vous allez même jusqu'à dire qu'il « méconnaît l'honnêteté. » Qui ne comprend, au contraire, ce qu'il y a de délicatesse et de légitimité à écarter les tiers d'un partage de famille? Qu'on n'ait rien à craindre quelquefois de leur indiscretion, soit; mais c'est ouvrir la porte à un élément étranger qui, en général, dans les formalités et procès des partages n'est propre qu'à créer de regrettables complications.

De même pour le retrait litigieux, et nous sommes corroboré dans notre opinion par l'hypothèse invraisemblable et toute de détail que M. Batbie invoque pour l'attaquer. Il suppose un individu qui ayant un procès est sûr de le gagner, mais que la seule pensée du papier timbré fait « frissonner, » et qui, impuissant à agir par lui-même, n'a même pas la faculté de céder ses droits à un tiers plus aguerri. Il est difficile d'admettre qu'on ne fasse pas un procès quand il est si bon! Sans nier absolument qu'il puisse arriver qu'un plaideur extraordinaire, n'ait pas assez de fermeté ou de temps pour faire un procès, cette hypothèse sera rare, et l'on est bien en droit de lui reprocher d'être *une espèce cherchée*. Il est dangereux, en tous cas, de soumettre l'existence d'une loi au crible d'une hypothèse bizarre et spéciale. A ce compte, il est peu de lois qui seraient possibles. Par exemple, M. Batbie, pour abroger l'article 1674 du Code Napoléon, se place dans un moment de crise sociale; le vendeur d'immeubles a un besoin pressant d'argent; il vend avec lésion de plus des sept douzièmes; il a l'argent, fait des affaires, réalise une grande fortune et, la prospérité commerciale revenue, pousse l'audace et l'ingratitude jusqu'à faire prononcer contre son bienfaiteur la rescision de la vente qui l'a sauvé. « Est-il raisonnable, » dit M. Batbie en terminant, de retenir une majorité de per-  
« sonnes ingambes pour se mettre à la portée de quelque boi-  
« teux? » En vérité, la vente des immeubles, à plus de moitié de perte, n'est pas un moyen si commode de s'enrichir, et ce n'est pas l'ingratitude du vendeur qu'il faut redouter, mais l'oppression de l'acheteur qui, par cela même qu'il est acheteur, fera souvent une loi tyrannique et impitoyable à ceux qui ont besoin de lui. Le respect de la liberté d'une convention arrachée par la nécessité, m'inquiète beaucoup moins que la protection de la détresse.

L'objection la plus sérieuse qu'élève M. Batbie contre ces dispositions, celle à laquelle il paraît surtout tenir, c'est que le retrayant a le choix de prendre l'affaire, si elle est bonne, ou de la laisser, si elle est mauvaise. Nous convenons que c'est un inconvénient; mais nous ferions passer avant, les considérations morales qui ont inspiré ces prohibitions.



Nous avons produit ces critiques plutôt que de faire l'éloge de la plupart des autres solutions dont nous avons reconnu la justesse. Nous devons dire en effet que, notre appréciation réservée sur ces questions où l'appréciation joue un plus grand rôle que la science, nous avons lu avec un vif intérêt les deux volumes du *Cours*. La quantité des matières traitées est si considérable que chacune d'elles n'a pu être scrutée dans ses dernières profondeurs; mais elles sont nettement précisées dans leur ensemble; tout le livre est empreint d'une saisissante clarté, et c'est un véritable mérite dans l'exposé d'une science nouvelle qui tâtonne quelquefois. Cette lucidité, jointe à l'esprit généralisateur dont elle est accompagnée, a pour effet infailible de vulgariser l'économie politique, de la populariser, de la faire descendre de ses abstractions et de ses nuages dans la réalité de la vie sociale. Sous ce rapport M. Batbie, qui a su mêler aux principes spéciaux de la science économique l'examen de certaines questions actuelles et de réformes législatives, a complètement atteint son but et rempli sa mission. C'est un service pour l'économie politique et pour tout le monde, pour l'auditoire principalement auquel il s'adressait, que d'avoir répandu ainsi le goût et la connaissance de l'économie politique.

II. Le professeur a fait paraître en même temps que ses leçons deux mémoires, l'un sur le *prêt à intérêt*, qui a été couronné par l'Académie des sciences morales et politiques, et l'autre sur *l'impôt avant et après 1789*.

La partie historique a été très-bien traitée en ce qui touche le prêt à intérêt. Elle donne une idée complète de la question.

Le seul point qui nous ait paru donner prise à une observation, c'est l'indulgence relative avec laquelle M. Batbie parle de l'usure. Il est le premier à remarquer qu'elle a été haïe dans tous les temps, chez tous les peuples; elle a été flétrie, non-seulement à Rome, mais encore dans le Coran des musulmans; et, dans l'âge moderne, qui ne se rappelle que le Dante place l'usurier aux enfers, et qui n'a gravées dans ses souvenirs, les créations de Shakspeare et de Balzac, qui se nomment Shylock et Gobsec? Cette impopularité, dit l'auteur, tiendrait aux moyens rigoureux par lesquels jadis les usuriers se faisaient payer. Cette seule explication ne suffit pas, et il y a dans l'exploitation indigne des premières nécessités d'un homme, un fait odieux qui a toujours été l'objet des malédictions des peuples, et que les législations, aujourd'hui comme autrefois, ont droit d'ériger en délit, sous la réserve des circonstances d'opportunité.

Quant à l'objection qui se dresse contre la liberté du prêt et qui consiste à dire que la terre ne rapportant que  $2\frac{1}{2}$  à 3 p. 100, c'est tarir la ressource des prêts agricoles que de laisser les prêts industriels rapporter 10 et 15 p. 100, M. Bat-

bie répond avec raison qu'à ce compte il faudrait même réduire l'intérêt de l'argent au-dessous de 5 p. 100. On a longtemps discuté ce qu'on a appelé *la libération de la propriété*; le seul moyen assuré, consiste à vendre une portion de terre pour pouvoir faire fructifier celle qui vous reste. En dehors de ce remède énergétique, l'industrie portera toujours à l'agriculture une concurrence inévitable.

M. Batbie est donc partisan de la liberté du prêt. Son chapitre intitulé *Conclusion* ne lève cependant pas suffisamment les doutes. Il est le premier à reconnaître qu'en pareille matière il ne faut pas procéder sans secousse; que l'apparition subite d'une loi libérale autoriserait les créanciers dont la créance est exigible, à réclamer brusquement, soit leur remboursement, soit un intérêt énorme, et que quantité de débiteurs seraient victimes. Ensuite, dans le projet de loi qu'il propose, il punit « le créancier qui abuse des mauvaises passions du mineur » pour se faire consentir un intérêt exagéré. » Il est, je le sais, difficile de préciser davantage; mais il était nécessaire, en présentant un projet de loi, de s'occuper, d'une part, des exigences de la transition et, d'autre part, de discuter plus à fond, s'il était bon de punir l'usure indépendamment du taux, si cela était possible et s'il n'y avait pas moyen d'éviter l'arbitraire des tribunaux en précisant quelques éléments du délit ainsi modifié. Ces réflexions sont passées sous silence.

Le même volume des *Mélanges d'économie politique* contient encore un mémoire sur l'impôt avant et après 1789. Après la partie historique, qui est lumineusement traitée, l'auteur s'est occupé de nos impôts actuels et a demandé des améliorations qui séduisent l'attention du lecteur.

Pour les contributions directes, il sollicite, comme beaucoup de nos conseils généraux, la *peréquation de l'impôt foncier*; le cadastre s'effectue avec des documents qui, dressés depuis longtemps, n'ont jamais été exacts ou ne le sont plus. Des départements sont beaucoup plus imposés que les autres. En 1851, une loi avait reconnu la nécessité d'une réforme dans un bref délai; des travaux ont été faits en exécution de cette loi et centralisés au ministère. Mais rien n'a encore abouti, et ils n'ont même pas été livrés à la publicité. Il faut reconnaître, d'ailleurs, qu'une meilleure répartition ne pourrait s'effectuer que par un dégrèvement qu'il est nécessaire d'ajourner, à cause de l'état de nos finances.

En ce qui touche les contributions indirectes, M. Batbie supprimerait volontiers l'impôt du sel, parce que c'est une denrée utile à l'agriculture et féconde pour l'alimentation. Peu favorable aux cabarets, il maintiendrait le droit de détail; mais ce qu'il trouve de particulièrement fâcheux dans le droit sur les vins, c'est qu'il pèse trop lourdement sur le pauvre. Il voudrait, pour éviter ce résultat et favoriser la consommation

de famille, qu'on abaissât la mesure de la vente en gros; elle a déjà été réduite de 100 à 25 litres, pourquoi ne l'abaisserait-on pas à 10 ou 15 litres? Pourquoi même n'établirait-on pas des débits à emporter qui vendraient en aussi petite quantité que possible et seraient affranchis du droit de détail? L'administration, croit-il, n'aurait rien à redouter de cette concession, puisque l'existence ou le soupçon de la fraude serait immédiatement puni par la révocation du droit de vente. Une pareille mesure, avouons-le, serait éminemment favorable aux intérêts légitimes des classes ouvrières.

En matière d'enregistrement, l'auteur souhaiterait que les ventes immobilières ne fussent pas grevées du droit de 5 fr. 50 cent. p. 100. C'est le vendeur, obligé de vendre, qui en fin de compte supporte ordinairement ce droit. Son élévation est une atteinte certaine à la transmission des propriétés et aussi à la libération de la propriété foncière.

Le point où nous avons trouvé M. Batbie trop sévère, est celui où il s'élève avec force contre certains droits de justice. Il critique amèrement, en passant, l'amende de 10 francs que le plaideur est obligé de payer pour aller en appel, et celle de 150 francs pour se pourvoir en cassation. On pourrait certainement les supprimer, mais la chose n'est point importante à ce point, que nous « souhaitons qu'une voix éloquente se lève « pour réclamer la suppression d'une disposition aussi cruelle « qu'absurde. »

Après les contributions directes et indirectes, l'auteur étudie, dans une troisième partie, les impositions départementales et municipales. Parmi ces dernières, on demande assez généralement aujourd'hui la suppression des octrois. M. Batbie fait remarquer, avec raison, que l'avantage de cette mesure sera tout au moins compensé par l'augmentation des centimes additionnels; qu'en 1860 les octrois rapportaient 112 millions, et que, par une audace d'arithmétique, les centimes additionnels menacent quelquefois de surpasser le principal. Payer pour payer, la question revient toujours à cette idée fondamentale : lequel vaut le mieux d'un impôt direct ou indirect? Ce qu'il y a de fâcheux dans les octrois, c'est qu'il faudrait réduire les taxes sur les objets qui, comme la viande, importent le plus à la santé publique, et que ce sont précisément ces objets-là qui, par la nature même de l'imposition, sont le plus frappés.

A la fin de son ouvrage, M. Batbie examine les divers impôts proposés par les économistes et par les financiers : il combat l'impôt unique sur le revenu et l'impôt sur le capital, comme présentant des difficultés d'appréciation impossible et pouvant dégénérer en complications vexatoires; il combat l'impôt progressif qui, poussé à sa dernière rigueur, deviendrait bien absurde, puisqu'en triplant l'impôt quand le revenu est double et en faisant payer 1 pour 100 francs de rente, le millionnaire

qui à 400,000 francs de rente payerait 525,000 francs par an. Ce serait celui-là un impôt niveleur et démocratique. Rien n'empêcherait, il est vrai, de modifier cette solution impossible, mais il faudrait recourir, alors, à un arbitraire d'autant plus dangereux, qu'en matière d'impôt tout doit être net et fixé à l'avance.

M. Batbie combat encore les impôts somptuaires; et comme on lui fait remarquer que le luxe s'étale aujourd'hui avec une frénésie sans égale, il répond que l'impôt n'a pas pour but de moraliser les contribuables, et eût-il ce but, il l'atteindrait difficilement. Le luxe, qui est légitime dans une certaine mesure, qui dans cette limite est enviable et envié, appartient aux mœurs exclusivement; et celui qui, de nos jours, a fait du luxe une si célèbre satire, eût été le premier à reconnaître, dans son bon esprit, que la législation fiscale ou autre serait impuissante à réprimer ces abus sociaux, et qu'en créant certaines prohibitions, la loi ne ferait que raviver l'envie et inspirer un stimulant aux dépenses qu'on voudrait empêcher.

La conclusion de tout cela, c'est qu'il n'est pas facile de toucher à notre système financier, et qu'en dehors de perfectionnements isolés dont la justesse est saillante, les grands principes de nos impôts doivent être maintenus. Tout individu qui étudiera la matière, reconnaîtra, d'abord, que la modification des taxes est soumise à la diminution des dépenses. C'est être insensé que de tarir la source des revenus publics, si, préalablement, on ne réduit pas les charges de l'État. La seconde conclusion générale de M. Batbie, c'est que nous avons « un système assez ennemi de la vexation. Par l'impôt foncier, « il frappe la richesse apparente; par l'impôt mobilier et les « patentes, il frappe la richesse présumée, et lorsqu'il s'attache « à faire payer la consommation, il le fait toujours au moment « où les faits imposables s'accomplissent d'une façon extérieure « et sensible. » Sans doute la présomption et l'apparence n'équivalent jamais à la réalité, mais, puisqu'on ne peut pas fouiller dans les bourses individuelles, c'est encore ce qu'il y a de mieux que de s'arrêter à des indices qui sont les mêmes pour tous, que le contribuable ne peut dérober à personne, et qui, évalués avec modération par les agents administratifs, permet au gouvernement d'asseoir l'impôt sur une assiette aussi fixe que solide. Aussi ne pouvons-nous mieux terminer qu'en citant, à l'exemple de M. Batbie, ces paroles de M. le marquis d'Audiffret, qui se connaît en finances : « La tâche la plus difficile qu'on puisse proposer à des hommes consciencieux et « instruits, — car tout est possible à l'ignorance et à la mauvaise foi, — est sans contredit la modification du système « économique de la France. »

HENRI AMELINE.

## EXAMEN DOCTRINAL.

## Du caractère des transactions :

*Sont-elles translatives ou simplement déclaratives?*

Par M. PAUL PONT,  
conseiller à la Cour de cassation.

La Cour de cassation a statué, le 12 décembre 1865, en chambres réunies, sur une question de droit fiscal qui engageait, dans l'une de ses conséquences le plus généralement acceptées, la règle de l'article 2052 du Code Napoléon, d'après laquelle « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. » On a dit de cette disposition qu'elle n'a pas un sens spécial et vraiment pratique, que toute convention régulièrement formée entre personnes capables ayant également l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, il n'y avait aucune raison de le dire à propos des transactions plutôt qu'au sujet des autres conventions <sup>1</sup>. Mais il faut prendre garde que la transaction a ce caractère particulier qu'elle ne peut intervenir que sur un point litigieux, et qu'ainsi elle prend la place de la décision judiciaire qui aurait tranché le différend, et constitue le jugement rendu par les parties dans leur propre cause. C'est ce que la loi romaine exprimait en ces termes : « Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit : si quidem nihil ita fidei congruit humanæ, quam ea, quæ placuerant, custodiri. » (L. 20, C., *De trans.*) C'est ce que Domat disait également, dans notre ancien droit, en rappelant que « les transactions ont une force pareille à l'autorité des choses jugées, parce qu'elles tiennent lieu d'un jugement d'autant plus ferme que les parties y ont consenti <sup>2</sup>..... » C'est ce que le Code a voulu dire à son tour, et il n'aurait pu le dire, avec la même raison, d'aucun autre

V. MM. Duranton (t. XVIII, n° 412); — Accarias (*Étude sur la transaction en droit civil et en droit romain*, n° 150).

<sup>2</sup> V. Domat (*Lois civ.*, liv. I, tit. 13, sect. 1, n° 9). — V. aussi l'Exposé des motifs de Bigot-Préameneu (Loché, t. XV, p. 421; Fenet, t. XV, p. 108).

contrat. Quant à la portée pratique de la disposition, elle consiste en ceci, que la transaction conclue entre des parties qui plaident ou sont sur le point de plaider élève une fin de non-recevoir ou une exception analogue à celle de la chose jugée, contre celui qui, au mépris de la transaction, tenterait d'engager ou de reprendre la lutte judiciaire sur le différend que d'un commun accord les contractants avaient résolu de trancher.

Ce n'est pas à dire pourtant que la proposition telle qu'elle est formulée dans l'article 2052 n'ait pas quelque chose de trop absolu, puisque sous des rapports importants la transaction diffère de la chose jugée. Mais de cette proposition ne faut-il pas au moins induire qu'en principe la transaction est simplement déclarative comme le jugement auquel elle est assimilée ? C'est le seul point que, quant à présent, nous nous proposons de discuter.

L'arrêt solennel du 12 décembre 1865 contient à cet égard, dans ses premiers motifs, une affirmation des plus précises. « Attendu, a dit la Cour de cassation, que si, aux termes de l'article 2052 du Code Napoléon, les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, *et si, à ce titre, elles ont en général un caractère simplement déclaratif*, il n'en est pas nécessairement de même vis-à-vis de l'administration de l'enregistrement... » Ainsi, sauf la réserve qu'elle fait en faveur de l'administration de l'enregistrement, réserve sur laquelle nous aurons bientôt à nous expliquer, la Cour reconnaît et déclare nettement qu'en général ou en principe la transaction, assimilée au jugement, est, de même que le jugement, simplement déclarative. Et en effet, celui qui renonce à des prétentions douteuses sur un objet litigieux se borne à laisser cet objet à l'autre partie, avec les droits que celle-ci prétend y avoir ; il ne lui confère rien. La circonstance que cet abandon des prétentions n'est pas purement gratuit, et que celui qui en profite fait de son côté un sacrifice en retour des prétentions abandonnées, est complètement indifférente à ce point de vue : elle ne change en aucune manière le caractère de la convention. Ce sont là des vérités qu'on pouvait certes considérer comme définitivement acquises après les éclatantes démonstrations des Dumoulin, d'Argentrée, Pothier, etc., et qui, en effet, étaient acceptées par la presque unanimité des

auteurs modernes. Ce point, néanmoins, a été remis en question, d'abord par l'administration de l'enregistrement dans un intérêt de fiscalité auquel l'arrêt précité de la Cour de cassation vient de donner la plus large satisfaction, ensuite par plusieurs jurisconsultes qui, dans l'indépendance de leur conviction, ont pensé que la tradition et la grande autorité des auteurs qui l'ont fondée n'ont servi, jusqu'à ce jour, qu'à obscurcir la vérité<sup>1</sup>. Voyons donc ce qu'il en est, et par-dessus tout, ramenons la question à ses termes les plus simples.

Pierre détient comme propriétaire un immeuble sur lequel Paul prétend avoir un droit de propriété. Un procès s'engage, dans lequel chacune des parties produit et discute ses titres ou ses prétentions, et quand le résultat de la lutte est incertain, Pierre et Paul y coupent court en convenant, par transaction, soit que Pierre restera propriétaire, sauf à fournir un dédommagement à Paul, soit que ce dernier aura la propriété, moyennant que, de son côté, il fasse une concession ou un sacrifice à Pierre. Quel est le caractère d'un tel contrat ? Dans un premier système, on peut dire que Pierre et Paul ayant, par l'interprétation qu'ils ont faite des conventions ou des titres sur lesquels chacun d'eux fondait sa prétention, substitué à des droits douteux un droit désormais certain et constitué une situation stable et définitive, la transaction a été translatrice en toute hypothèse, soit qu'elle ait laissé l'immeuble à Pierre qui le détenait, soit qu'elle l'ait fait passer aux mains de Paul qui le revendiquait. Dans un second système, on peut dire que les contestants s'étant bornés à faire respectivement le sacrifice d'une partie de leurs droits ou de leurs prétentions dans un intérêt de conciliation et de repos, la transaction n'implique, en aucun cas, l'idée d'une transmission de propriété. Enfin, dans un troisième système qui emprunte quelque chose à chacun des deux autres, on peut dire que la transaction, simplement déclarative si par le résultat elle maintient Pierre propriétaire de l'immeuble qu'il détenait, sera translatrice, au contraire, si par le résultat elle dépossède Pierre et donne l'immeuble à Paul.

Ces trois systèmes se sont produits, en effet, dans notre

<sup>1</sup> V. MM. Mourlon (*Rev. prat.*, t. III, p. 321 et suiv.); — Accarias (*op. cit.*, n<sup>o</sup> 143 et suiv.).

ancien droit <sup>1</sup>. Le premier a été soutenu par Tiraqueau notamment, qui proclamait le caractère translatif de la transaction, soit lorsque la chose litigieuse changeait de main, soit même lorsqu'elle était conservée par la possesseur *dato aliquo pretio* <sup>2</sup>. La troisième était défendue par des auteurs en plus grand nombre <sup>3</sup>, et il s'était fait jour dans la coutume d'Anjou, dont l'article 360 disposait que « en transaction où il y a mutation de possesseur de la chose avec cession et transport de propriété ou de droit que le possesseur y prétendrait, y a retrait, aussi y a ventes, lesquelles se doivent payer à la raison de ce qui a esté baillé et payé par celui qui est fait nouveau possesseur de la chose ; mais quand par la transaction n'y a ni transport ni mutation de possesseur, celui à qui demeure la chose pacifique ne doit aucunes ventes, et n'y a retrait, posé qu'il ait baillé argent ou autre chose par ladite transaction. »

Mais ces deux systèmes ne pouvaient pas résister à l'examen. Le dernier, tout en approchant de la vérité par la concession qu'il faisait pour le cas où, selon l'expression de la coutume d'Anjou, la chose restait pacifique aux mains du possesseur, ne l'atteignait pas encore, et, en outre, il procédait d'une donnée visiblement inexacte. En présence d'une transaction véritable, le changement de possession est la chose dont il y a le moins à s'occuper. En effet, le point à rechercher n'est pas de savoir lequel des contractants était effectivement et réellement propriétaire, car c'est là précisément le droit douteux sur lequel les parties ont transigé, ne voulant pas que la justice, à laquelle elles avaient eu d'abord la pensée d'en appeler, restât saisie de la question et prononçât sur le différend ; le point unique à rechercher, c'est la commune intention des parties. Or il est évident qu'en terminant le procès ou en le prévenant, aucune d'elles n'a entendu rien abdiquer du droit qu'elle croyait avoir ; l'une et l'autre, soit que la transaction lui donne une possession qu'elle n'avait pas, soit qu'elle la maintienne

<sup>1</sup> Ils ont été très-soigneusement exposés et discutés par M. Beautemps-Beaupré dans la *Revue pratique* (t. XVI, p. 264 et suiv.).

<sup>2</sup> *Du retrait lignagier*, § 1, gl. 14, n<sup>os</sup> 60 et suiv.

<sup>3</sup> V. Pocquet de Livonnière (*Des fiefs*, liv. III, ch. 4, sect. 7 ; liv. V, ch. 5, sect. 4) ; — Fonmaur (*Des lods et ventes*, n<sup>o</sup> 214) ; — Basnage (p. 216), — Dupineau (sur l'article 360 de la Coutume d'Anjou) ; — Pierre de l'Hommeau (*Max. gén. du dr. franç.*, liv. III, part. II, p. 10, max. 187).



dans la possession qui lui était contestée, l'une et l'autre ont entendu acheter leur repos, et pour en finir avec le litige, chacune a pris ceci et a laissé cela de l'objet litigieux qui lui appartenait, ou qu'elle croyait lui appartenir en totalité. Y a-t-il là quelque chose qui implique une transmission de propriété? Évidemment non. Aussi les deux systèmes précités avaient-ils fait place au troisième, dans lequel on tenait d'une manière générale que, dès qu'il s'agissait d'une transaction véritable, c'est-à-dire d'un acte ayant en vue de terminer ou de prévenir, au moyen de sacrifices réciproques, une contestation engagée ou près de naître à l'occasion d'un droit véritablement douteux, la convention ne pouvait en aucun cas être considérée comme translatrice; elle devait, en tant que venant mettre fin aux discussions et à la controverse, être tenue toujours pour simplement déclarative. C'était l'avis de Dumoulin : « Quæro, dit-il, quid in transactione..... aut enim quis transigit rem de quâ est quæstio retinendo, aut eam relinquendo possessori. Et clarum est quod nullum dominium transfertur, nec novum jus, nec novus titulus in re acquiritur, sed sola liberatio controversiæ<sup>1</sup>. » C'était l'avis de d'Argentrée, qui, sur ce point, du moins, s'accordait avec Dumoulin, dont il fut le contradicteur, pour ainsi dire systématique. « Superest casus alter de transactione proprie sumptâ, id est, super jure incerto, et controversia ambigui juris propter juris difficultatem, judiciorum et legum instabilitatem, addo et judicium perversitatem..... Ego sic judico, ne tum quidem videri novum titulum tribui, sive dimittatur res, sive transferatur, sed eum qui rem ex transactione obtinuit, rem habere videri, ex eo titulo quem in lite deduxerat et allegaverat et cujus vigore confessionem juris sui, ab adversario suo, per transactionem expressit, et si non expressè, certè implicite et consequenter..... Est igitur hoc casu transactio, non titulus, sed tituli prætensi confessio..... nec laudimia debentur, nec gabellæ, nec cæteræ consequentiæ contractuum dominii translavorum. Ac pene impiam dixerim Tiraq. sententiam, qui multis, ad contraria applicatis in pejorem tandem delabitur, et putat tali casu juris incerti dari retractum, non ad rem (ut inquit), sed ad litem<sup>2</sup>..... » C'était l'avis de Pothier : la trans-

<sup>1</sup> Cout. de Paris, tit. des Fiefs, § 33, gl. 1, n° 67.

<sup>2</sup> Cout. de Bretagne, art. 266, cap. 3, de tit. Pro transacto.

action, dit-il, ne donne pas lieu au retrait, s'il n'y a fraude. La raison est que la transaction étant par sa nature *de re incertâ et dubiâ*, il demeure incertain si la partie qui par la transaction délaisse l'héritage à l'autre moyennant une somme d'argent qu'elle a reçue d'elle, en était propriétaire, plutôt que la partie à qui elle l'a délaissé; et, par conséquent, il est incertain si cette transaction renferme une aliénation qui puisse donner lieu au retrait... Par la transaction, dit-il ailleurs, la partie à laquelle l'héritage a été délaissé est censée avoir acquis plutôt le désistement du procès qu'on lui faisait sur cet héritage que cet héritage même<sup>1</sup>. Deluca disait de même : « *Id quod transigens obtinet, non dicitur obtinere jure novo, sed jure primævo* <sup>2</sup>. » C'était, enfin, l'opinion qui avait prévalu dans la pratique aussi bien que dans la doctrine, et, de l'aveu de ceux-là mêmes qui croient pouvoir en contester la vérité dans notre droit actuel, on ne la discutait même plus au temps de Pothier.

Un autre point était également hors de doute d'après les mêmes auteurs : la transaction, simplement déclarative en principe, pouvait néanmoins devenir translatrice, sinon en elle-même et d'une manière absolue, au moins par rapport aux choses non litigieuses, que la convention des parties y avait pu introduire. Par exemple, je suis en possession d'un immeuble que je crois m'appartenir en vertu de la donation qui m'en a été faite; vous venez avec d'autres titres qui, d'après vous, vous constitueraient propriétaire de ce même immeuble, et vous m'intentez un procès auquel nous mettons fin en convenant par transaction que vous m'abandonnez l'immeuble dont je vais rester en possession, et que, en retour, je vous donne telle maison que je possède ailleurs. Il est bien clair que si, par rapport à l'immeuble qui a fait le sujet de la contestation, la transaction conserve le caractère purement déclaratif qui lui est propre, elle est translatrice en ce qui concerne la maison, qui n'était pas litigieuse entre nous, qui m'appartenait et n'appartenait qu'à moi, et qui n'a pu devenir votre propriété qu'au moyen de l'aliénation que j'en ai faite. Les anciens auteurs, ceux dont l'opinion avait prévalu,

<sup>1</sup> *Des retraitts*, n° 110; *De la comm.*, n° 164; *De la vente*, n° 646.

<sup>2</sup> *De fund.*, disc. 47, n° 9.

les Dumoulin, les d'Argentrée, les Pothier, n'allaient pas au delà.

Cependant, dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt solennel du 12 décembre 1865, M. le procureur général disait que s'il fallait chercher la solution dans le droit ancien et dans les mille commentaires dont il a fourni la matière, il serait difficile d'y trouver la justification de la décision alors attaquée devant la Cour, laquelle décision proclamait nettement le caractère déclaratif de la transaction; que s'il est possible de rencontrer dans les anciens monuments du droit *quelques opinions isolées* favorables au système de cette décision, elle est en formelle contradiction *avec l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence*; qu'en interrogeant avec attention et en embrassant dans toutes ses parties la doctrine professée par les anciens, nos maîtres illustres, *on trouve écrit à chaque page* que l'effet des transactions dépend essentiellement des circonstances, et que si, dans la réalité, *une mutation de possesseur s'est opérée*, la forme donnée à la convention n'en peut détruire la conséquence. Et à l'appui de ces affirmations, M. le procureur général invoquait l'autorité de Dumoulin et de d'Argentrée! Et il empruntait à ce dernier, à titre d'exemple, des hypothèses dans lesquelles le jurisconsulte breton aurait vu des *transactions translatives*<sup>1</sup>!

Après ce que nous venons de dire des doctrines anciennes, et en présence des fragments qu'avec la plus scrupuleuse exactitude nous avons placés sous les yeux du lecteur, on pressent bien qu'il y a ici quelque confusion. Il ne se peut pas, en effet, qu'ayant proclamé le caractère simplement déclaratif de la transaction *sive dimittatur res, sive transferatur*, comme dit d'Argentrée, ou, comme dit Dumoulin, *rem retinendo aut eam relinquendo possessori*, ces maîtres illustres aient écrit à chacune de leurs pages que la transaction est translative *quand une mutation de possesseur s'est opérée*. Aussi n'en est-il rien : les exemples empruntés par l'éminent magistrat aux anciens auteurs, et par lui relevés à l'appui de sa thèse, s'appliquent à des conventions que ces auteurs eux-mêmes déclarent n'être pas des transactions! Oui, sans doute, d'Argentrée dit, et tous

<sup>1</sup> V. ces conclusions dans le Rec. de Dalloz (65, 1, 460 et suiv.). — V. aussi S. V. (66, 1, 73).

les auteurs ont dit avec lui, que le contrat qualifié transaction est néanmoins translatif quand, sous une fausse apparence ou sous un titre trompeur, il déguise un véritable abandon d'un droit certain. Mais pourquoi? Précisément parce qu'il n'y a pas là une transaction! « Si par l'acte il était dit (nous reproduisons les paroles de Pothier) que j'ai reconnu que la chose qui faisait l'objet de notre contestation vous appartenait, néanmoins qu'il était convenu entre nous que vous me la cédiez pour une certaine somme, il n'est pas douteux, en ce cas, *que cette convention serait un vrai contrat de vente* <sup>1</sup>... » Oui, sans doute, d'Argentée et les anciens enseignent encore qu'il y a transmission translatrice de propriété quand les parties traitent sur des droits qui n'ont rien de douteux ou qui engagent des choses ou des valeurs dont la propriété réside sur la tête de l'une d'elles exclusivement. Mais pourquoi? Parce que la transaction impliquant nécessairement *un droit douteux et des sacrifices réciproques*, on ne peut pas dire qu'il y ait transaction quand les parties ont traité sur un droit certain ou quand seule l'une d'elles a reçu et n'a rien donné en retour. *Nec hæc, dit d'Argentée, propriæ transactiones sunt, sed tituli potius innominati domini translativi... quæ et si transactiones appellantur, propriæ tamen tales non sunt, propter juris certitudinem, et materiam certam super qua transactio non cadit...*

Mais après ces hypothèses, dans lesquelles il s'agit de toute autre chose que de la transaction, vient la transaction proprement dite, la convention par laquelle les parties coupent court, au moyen de sacrifices réciproques, à des contestations, à des débats dont l'issue serait douteuse à cause de l'incertitude du droit. C'est l'hypothèse que d'Argentée aborde après avoir discuté les précédentes : *superest casus alter DE TRANSACTIONE PROPRIÆ SUMPTA*. Et consultez-le sur ce point, prenez sa doctrine dans son ensemble; demandez-lui si ce contrat, qui est la transaction et qui n'est pas autre chose, est translatif ou s'il est simplement déclaratif; il vous répondra, de manière à défler l'équivoque, par ce mot dans lequel il résume toute sa démonstration : la transaction n'est pas le titre, c'en est la reconnaissance ou l'aveu, *non est titulus, sed tituli prætensi confessio*.

<sup>1</sup> De la vente, n° 647.

Or ces idées sont passées dans notre droit actuel. D'abord, la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, les y a introduites de la manière la plus complète en consacrant à la fois le principe et l'exception. Nommée à diverses reprises dans cette loi, la transaction est tarifée spécialement et en principe dans l'article 68, § 1, n° 45, lequel soumet à un simple droit fixe de 1 franc (porté ensuite à 3 francs par la loi du 28 avril 1816, art. 44, n° 8) « les transactions en quelque matière que ce soit, qui ne contiennent aucune stipulation de sommes et valeurs, ni de disposition soumise par la loi à un plus fort droit d'enregistrement. » Ce texte a pour objet direct la transaction véritable, la transaction pure et simple, celle qui, sans mélange d'aucune stipulation particulière, constitue, selon la définition de l'article 2044 du Code Napoléon, le contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Un tel contrat donne lieu simplement à un droit fixe; et dans le système de la loi de frimaire, qui est de n'exempter du droit proportionnel que les actes qui ne libèrent, n'obligent ni ne transmettent (art. 3 et 4), l'application à la transaction d'un simple droit fixe est nettement indicative du caractère purement déclaratif du contrat.

Cependant la transaction, déclarative en elle-même et en principe, peut contenir des stipulations translatives. Ainsi en est-il, comme l'ont enseigné les anciens auteurs, lorsque l'une des parties consent, en retour de l'avantage qu'elle reçoit, à faire abandon à l'autre de choses étrangères au litige. Alors, évidemment, il y a passage de ces choses d'une main dans une autre, et, suivant la réserve exprimée dans l'article 68, un plus fort droit d'enregistrement, c'est-à-dire un droit proportionnel, devient exigible. Quel droit? L'article 69, § 3, n° 3, le détermine, pour un cas spécial, en soumettant au droit de 1 p. 100 les transactions « qui contiendront obligation de sommes, sans libéralité, et sans que l'obligation soit le prix d'une transmission de meubles ou d'immeubles, non enregistrée. » Toutefois le cas n'est indiqué qu'à titre d'exemple, et la formule même de la loi montre que l'application du droit proportionnel aux obligations de sommes que la transaction pourrait contenir, n'est pas exclusive de l'exigibilité de tel autre droit proportionnel, par exemple le droit des mutations

mobilières ou immobilières à titre onéreux, si la chose *non litigieuse* abandonnée par l'une des parties à l'autre était un meuble ou un immeuble.

Telle est la théorie de la loi : ainsi, la transaction se renferme-t-elle rigoureusement dans les termes du litige qu'elle éteint, et a-t-elle pour objet seulement les choses comprises dans ce litige, elle est, comme simplement déclarative, soumise à un droit fixe, quel que soit le sacrifice ou la concession fait par chacune des parties touchant cet objet du litige ; au contraire, sort-elle de ces termes et se trouve-t-elle mélangée de stipulations particulières portant abandon de choses non litigieuses, elle est translatrice par rapport à ces choses, dont le passage d'une main dans une autre ne peut s'effectuer sans subir la loi de l'impôt, sans donner lieu, par conséquent, à un droit proportionnel de libération, d'obligation ou de mutation, suivant l'occurrence. C'est, on le voit, la reproduction exacte et la mise en œuvre, dans toutes ses parties, de la doctrine qui, sous la grande influence des Dumoulin, des d'Argentrée, des Pothier, avait prévalu et n'était plus discutée sous l'ancienne jurisprudence.

Le Code Napoléon est venu ensuite qui s'est approprié les mêmes idées et les a introduites à son tour dans notre législation civile. Telle est la portée de l'article 2052, qui, en assignant à la transaction, pour les parties entre elles, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et en assimilant, sous ce rapport, la transaction au jugement, implique l'idée que, de même que la décision judiciaire, la transaction est simplement déclarative. La Cour de cassation, comme nous l'avons indiqué, l'a dit expressément dans les motifs de son arrêt solennel du 12 décembre 1865, et c'était jusqu'ici l'avis à peu près unanime des auteurs<sup>1</sup>. Mais cette application a été contredite récemment. Bien loin qu'elle ait un caractère déclaratif, a-t-on dit, la transaction y répugne, au contraire, et de la

<sup>1</sup> V. MM. Merlin, *Rép.*, v° *Partage*, n° 11; — Championnière et Rigaud, *Tr. des dr. d'enreg.*, n° 595 et suiv.; — Valette, *Rev. étrang. et franç.*, t. X; — Troplong, *Des trans.*, n° 7 et suiv.; — Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 85, note 2; — Aubry et Rau, t. III, p. 485; — Rivière et Huguet, n° 19 et suiv.; — Beautemps-Beaupré, *loc. cit.*; — Flandin, *De la transcript.*, t. I, n° 329 et suiv.; — G. Demante, *Exp. des princ. de l'enreg.*, 2° édit., t. I, n° 317 et suiv.; — F. Verdier, *De la trans.*, t. I, n° 112 et suiv.

manière la plus énergique, par sa nature même, par sa propre essence. On est allé plus loin : l'assimilation établie à cet égard entre la transaction et les jugements ne serait pas seulement contraire à la notion du pur droit; elle blesserait la morale elle-même! « Soit l'espèce suivante, dit en effet M. Mourlon : j'affirme que telle maison que vous possédez m'appartient; de là, entre nous, litige. Nous convenons que la maison vous restera, mais qu'en retour de la concession que je vous accorde, vous me donnerez la somme de 1,000 francs. — Traduisons cette convention *dans le sens que nos adversaires y attachent*. La maison que vous possédez, serai-je censé vous dire, est bien réellement à vous; je n'y ai aucun droit, j'en fais volontiers l'aveu. Mais, comme certaines apparences existent à mon profit, je puis vous faire un procès, et, avec un peu d'habileté, triompher peut-être. Donc, ou donnez-moi 1,000 francs, ou je vous traîne devant les tribunaux. N'est-il pas vrai qu'ainsi entendue, la transaction a tous les caractères d'une violence morale, et se résume, s'il nous est permis de dire la chose dans toute son énergie, en une espèce de *chantage*? » M. Mourlon conclut que la transaction doit être tout autre chose que l'aveu du droit de l'une des parties par l'autre, et sur l'autorité de l'article 2048, qui qualifie la transaction de *renonciation*, il se résume à dire qu'elle est, du côté de la partie qui se désiste, un acte abdicatif du droit qu'elle croit avoir, une renonciation véritable, laquelle étant faite en faveur d'une personne déterminée, équivaut à une cession<sup>1</sup>.

Or, c'est précisément contre la donnée sur laquelle toute l'argumentation repose que s'élevèrent les anciens auteurs, en engageant la lutte dont le résultat fut de faire prévaloir le caractère simplement déclaratif de la transaction; et, disons-le, la protestation ne prouve pas contre la légitimité du succès. Ainsi, quand, pour infirmer cette conclusion si nette dans laquelle d'Argentré résume sa doctrine, « non est titulus, sed tituli prætensi confessio, » M. Mourlon traduit la convention dans les termes que nous venons de reproduire, il ne prend pas garde que sa traduction (que d'ailleurs ses contradicteurs, quoi qu'il en dise, ne sauraient avouer) ne tient aucun compte

<sup>1</sup> V. M. Mourlon (*loc. cit.*); il indique comme conforme l'opinion de M. Vernet. — V. aussi M. Accarias, *loc. cit.*

des éléments constitutifs de la transaction, et que par cela même l'argument reste sans portée. Quiconque veut arriver à une transaction ne dit pas et ne peut pas être censé dire : « La maison que vous tenez est bien à vous, je n'y ai aucun droit, je n'hésite pas à le reconnaître ; néanmoins donnez-moi 1,000 fr., ou je vous traîne devant les tribunaux ; » car ce langage serait exclusif à la fois et du droit douteux et des sacrifices réciproques, c'est-à-dire des deux conditions essentielles au contrat, tellement que, sans elles, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir transaction. Mais il dit : « Je revendique la maison que vous détenez ; vous prétendez qu'elle vous appartient d'après tels ou tels titres que vous pouvez produire ; mais j'ai en main des titres contraires desquels il paraît résulter que la maison est à moi. Quels sont ceux de ces titres qui l'emportent si nous soumettons notre différend aux tribunaux ? Nous l'ignorons, car ils sont plus ou moins obscurs les uns et les autres. Finissons-en, et au lieu de nous engager dans une lutte dont l'issue est incertaine, et que nous ne pourrions soutenir sans qu'il en résultât pour chacun de nous la perte de sa tranquillité, de son temps, de son argent, convenons que vous garderez la maison et que vous me donnerez 1,000 francs en retour du sacrifice que je fais en renonçant à la revendiquer. » Dans ces termes, où l'on voit la transaction apparaître avec tous ses éléments constitutifs, la convention ne présente rien assurément qui blesse la morale, rien non plus d'où l'on puisse induire que le sacrifice de sa prétention par l'une des parties soit autre chose que la reconnaissance du titre ou l'aveu du droit prétendu par l'autre : *tituli prætensi confessio*.

Et puis, en quoi une telle appréciation serait-elle incompatible avec l'article 2048 ? Il est bien vrai que cet article parle de la transaction comme d'un acte de renonciation. Mais est-ce que cela exclut le caractère déclaratif ? Peut-être pourrait-on douter, si, à l'exemple de M. Mourlon, on envisageait ce contrat seulement du côté de celui qui se désiste : peut-être alors dirait-on avec lui, et aussi avec l'article 2048, qui précisément est écrit à ce point de vue, qu'ainsi envisagée par un seul côté, la transaction est un acte abdicatif, une renonciation, même une aliénation. Toutefois, ce n'est plus la même chose si l'on prend le contrat aussi et en même temps du côté de celui qui profite du désistement. C'est la très-juste remarque de M. Trop-



long<sup>1</sup>. « La transaction, dit-il, est considérée sous beaucoup de rapports comme une aliénation : *qui transigit alienat*. Et, en effet, celui qui renonce à son droit, après avoir soutenu qu'il était fondé, fait un sacrifice; à son égard, le contrat peut prendre la couleur d'une aliénation. Mais l'autre partie, en faveur de laquelle est faite la renonciation et qui se prétendait également fondée en droit, n'entend pas qu'une aliénation soit faite à son profit. A ses yeux, on ne fait que lui laisser ce qui lui appartient, et reconnaître la justice de sa contestation. » Or on ne saurait faire abstraction de cette situation complexe, et c'est dans son ensemble que la transaction doit être envisagée lorsqu'il s'agit d'en préciser le caractère et d'en déterminer les effets. Le premier paragraphe de l'article 2052 est écrit précisément à ce point de vue : il ne parle ni de renonciation, ni d'aliénation, ni de désistement; il prend la transaction en elle-même et il exprime simplement qu'elle a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Et cela est caractéristique. Le législateur prend la transaction comme le dernier mot dit par les parties elles-mêmes sur un point douteux qui les divisait : il la tient comme prenant la place de la décision judiciaire qui eût été aussi le dernier mot du litige s'il y avait eu procès suivi en justice; et, en lui assignant les effets de la chose jugée, il lui reconnaît ce caractère propre au jugement dont elle tient lieu et auquel il l'assimile sous ce rapport. C'est ainsi que l'article 2052 confirme virtuellement une fois de plus les principes qui, à cet égard, avaient prévalu et dominaient sans conteste dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence.

Aussi, voyez comme les conséquences pratiques viennent ici à l'appui de la tradition et en justifient les données.

Si la transaction était translatrice, elle constituerait en elle-même un titre propre à fonder la prescription à fin d'acquérir. Or il n'en est rien. On peut, dit à la vérité Pothier, apporter pour exemple du titre *Pro suo* une transaction par laquelle celui avec qui je transigeais m'a cédé une certaine chose comme lui appartenant, quoiqu'elle ne lui appartint pas; cette cession, qui m'eût fait acquérir la propriété de cette chose par la tradition qu'il m'en a faite, s'il en eût été propriétaire,

<sup>1</sup> *Des transactions*, n° 7.

est un juste titre qui me donne le droit de l'acquérir par prescription<sup>1</sup>. Mais Pothier suppose la cession d'une chose *non litigieuse* que les parties ont comprise dans la transaction et dont l'une a fait cession ou abandon à l'autre; et c'est précisément parce que sinon en elle-même, au moins par rapport à cette chose, la transaction est translatrice, que par rapport à cette chose elle peut être un titre utile au point de vue de la prescription. Supprimez cette circonstance et supposez que la transaction ne soit mélangée d'aucun autre contrat, qu'elle ne comprenne rien autre que les choses litigieuses, elle n'est plus alors un titre propre à fonder la prescription à fin d'acquérir<sup>2</sup>. Pourquoi? Précisément parce qu'elle est simplement déclarative.

Si la transaction avait le caractère translatif, elle obligerait à garantie. Or il n'en est rien, ou du moins elle n'oblige à garantie que sous la même distinction. Et, en effet, nous trouvons cette distinction nettement établie par la loi fameuse *Si pro fundo* (L. 33, C., *De trans*) qu'on invoque fréquemment en cette matière et dont la pensée n'a pas été toujours bien saisie. L'espèce de la loi est celle-ci : la propriété d'un fonds est contestée entre deux personnes dont l'une détient et l'autre revendique, et il est convenu à titre de transaction, *transactionis causa*, soit que le défendeur abandonnera au demandeur le fonds même, objet de la contestation, soit qu'il lui donnera un autre fonds libre au lieu de lui abandonner le fonds revendiqué. Mais, la transaction conclue, il arrive que le demandeur est évincé. Peut-il recourir en garantie contre le défendeur? La loi distingue : dans la seconde hypothèse, la transaction tient sans doute; celui que l'éviction dépossède ou qui, au lieu d'un fonds libre, prend un fonds obligé, ne peut pas rétablir son ancienne prétention, et par là faire revivre le procès transigé; mais il a droit à la garantie. « *Si pro fundo, quem petebas, prædium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit... licet hoc prædium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatum : instaurari decisam litem prohibent jura. Ex stipulatione sane, si placuit servari, secuta est : vel, s non intercesserit, præscriptis verbis actione civili subdita,*

<sup>1</sup> Pothier. *De la prescript.*, n° 77.

<sup>2</sup> V. MM. Aubry et Rau, t. III, p. 485 et 486.

apud rectorem provinciæ agere potes. » La solution était admise dans notre ancien droit<sup>1</sup>, et l'on ne peut que s'y tenir encore aujourd'hui. Car nous ne sommes pas en présence d'une transaction pure et simple, il y a mélange de contrats; l'opération désignée sous la seule dénomination de *transaction*, dénomination qui lui convient en ce que le but vers lequel les parties ont tendu a été de prévenir ou d'éteindre une contestation, est néanmoins quelque chose de plus qu'une transaction proprement dite; elle est, en outre, une cession ou une vente, et comme sous ce dernier rapport elle est constitutive d'un titre translatif, elle oblige à la garantie en cas d'éviction du droit abandonné comme certain. — Mais vient la seconde hypothèse, celle où l'abandon a porté sur la chose même qui faisait l'objet de la contestation, et alors, d'après la loi, le demandeur évincé ne peut prétendre à la garantie. « Si tamen *res ipsas apud te constitutas*, ob quarum quæstionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit : *nihil petere potes*. » La solution reste la même aujourd'hui, et il faut la suivre, non-seulement dans le cas signalé par la loi romaine, où par le résultat de la transaction le fonds passe des mains du défendeur dans celles du demandeur, mais encore dans celui où le fonds reste aux mains du détenteur en retour d'un sacrifice en argent qu'il a consenti à faire et dont le revendiquant s'est contenté. Car, dirons-nous avec Pothier, lorsque, dans une transaction, je vous laisse, moyennant une somme que je reçois de vous, la chose même qui faisait l'objet d'un procès entre nous, en me désistant de la demande que j'avais formée, je ne vous cède point cette chose, je vous la laisse telle que vous l'avez, la somme que je reçois étant le prix, non de la chose, mais du désistement de mes prétentions incertaines; et dans le cas inverse, si vous me délaissez, moyennant une somme par moi donnée, la chose même que je revendiquais, on ne peut pas dire que vous me cédez cette chose; vous vous désistez seulement des prétentions que vous aviez élevées<sup>2</sup>. Tout cela revient à dire que la transaction alors est

<sup>1</sup> Pothier, *De la vente*, n° 645.

<sup>2</sup> V. Pothier, *De la vente* n° 646. — Junge MM. Marbeau, n° 175; — Trop-Long, n° 12; — Massé et Vergé sur Zachariæ, p. 89 et note 7; — Aubry et Rau, t. III, p. 485, note 4.

simplement déclarative, et c'est pour cela justement qu'elle n'oblige pas à garantie.

Si la transaction était translative, elle serait soumise à la transcription hypothécaire instituée par la loi du 23 mars 1855 au point de vue de la mutation de la propriété. Or on admet sans doute que si elle contient cession ou abandon d'une chose *non litigieuse*, elle doit être transcrite en tant que la chose cédée ou abandonnée serait susceptible d'hypothèque, parce qu'étant translative par rapport à cette chose, la transaction rentre dans les termes de l'article 1, n° 1 de la loi, suivant lequel il y a lieu de transcrire « tout acte entre-vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque. » Mais si la transaction est pure et simple, si elle ne comprend rien autre que l'objet litigieux entre les parties, on tient que la transcription n'en est pas nécessaire et qu'elle serait superflue, précisément parce qu'elle est simplement déclarative et que le droit préexistant qu'elle énonce et confirme repose sur des titres antérieurs dont la transcription est suffisante, en tant qu'ils sont de nature à être soumis à la formalité. A la vérité, il n'en est pas de cette troisième conséquence comme des deux autres; elle est niée par ceux qui n'acceptent pas le principe. Comme ils voient dans la transaction *un acte abdicatif*, ils estiment qu'elle doit être transcrite par application, sinon du n° 1, au moins du n° 2 de l'article 1 de la loi du 23 mars 1855, qui exige la transcription de « tout acte portant renonciation » à des droits réels susceptibles d'hypothèque<sup>1</sup>. Mais ce n'est pas résoudre la question; c'est tout simplement lui en substituer une plus générale, celle de savoir si le n° 2 de l'article 1 de la loi s'applique à toute renonciation quelconque. Or, le principe de la loi étant de soumettre à la transcription seulement les actes constitutifs et translatifs de biens ou de droits immobiliers, il est de doctrine que les renonciations auxquelles s'applique la disposition précitée sont exclusivement les renonciations *translatives* résultant d'actes entre-vifs; ce sont, selon l'expression de M. Troplong, non pas les renonciations par lesquelles on répudie un droit dont on n'a pas encore été investi, mais celles par lesquelles on se

<sup>1</sup> V. M. Mourlon, *loc. cit.*, et *Transcript.*, n° 72. — Junge M. Lesenne, *De la transcr.*, n° 38.

dépouille, en faveur de quelqu'un, d'un droit acquis. Cela étant, notre troisième conséquence est justifiée, comme les deux autres; car lorsqu'en transigeant on se désiste d'une prétention qu'on avait cru pouvoir élever, quand on abandonne un droit incertain ou douteux, on ne transfère rien à la partie qui profite du désistement ou de l'abandon; encore une fois, on ne fait que lui laisser ce qui lui appartient et reconnaître la justice de sa contestation; on fait en un mot une de ces renonciations qui ne sauraient à aucun titre être considérées comme soumises à la loi de la publicité<sup>2</sup>. En sorte qu'aussi bien que les deux autres, cette troisième conséquence concourt à la justification du principe.

Il faut le dire pourtant, à côté de cela, et, en apparence, par opposition, vient se placer la jurisprudence qui, en matière fiscale, a fait prévaloir cette prétention émise, dès l'année 1827, par la régie dans ses instructions, « que la transaction doit être soumise au droit proportionnel, *lorsque la convention a opéré quelque changement dans l'état de la possession, dans les droits apparents des parties.* »

Nous aurions compris pour notre part une solution toute différente. Nous l'avons établi plus haut, et, nous le répétons, la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement a voulu consacrer le principe sorti victorieux de la lutte dont la transaction avait été l'objet en ce qui concerne sa nature et son caractère propre; en conséquence, acceptant ce contrat comme purement déclaratif, elle avait posé en principe qu'il serait soumis simplement au droit fixe, et, par une réserve empruntée d'ailleurs à l'ancienne jurisprudence comme le principe lui-même, elle avait admis que, le cas échéant où des dispositions translatives seraient ajoutées à la convention, ces dispositions donneraient lieu à un plus fort droit d'enregistrement. Ainsi, d'après la loi spéciale, la transaction, purement déclarative en principe, n'était translatrice que *par exception*. Or peut-on dire que l'exception supposée par la loi se référerait à cette doctrine du *changement dans la possession* à laquelle la régie d'abord, et la jurisprudence ensuite, ont rattaché l'exigibilité du droit pro-

<sup>2</sup> V. MM. Troplong, *De la transcr.*, n° 93; — Flandin, *eod.*, n° 339, 435 et suiv.; — Verdier, *eod.*, n° 117; — Beautemps-Beaupré, *loc. cit.*

portionnel? Mais c'est précisément la doctrine qui était tombée sous l'effort des grands jurisconsultes du droit féodal! Comment donc le législateur, qui entendait consacrer le résultat acquis, l'aurait-il relevée?

Et puis, d'ailleurs, est-ce que cette doctrine ne vient pas détruire ou annihiler la loi dans son principe? En définitive, le législateur dit que les transactions, en quelque matière que ce soit, sont soumises à un droit fixe; il suppose donc nécessairement que ce tarif de la transaction pourra, dans tel ou tel cas, être applicable et suffire aux exigences de la perception. Or dès qu'on entre dans les vues de l'administration, dès qu'on dit avec elle et avec la jurisprudence que le droit fixe est réservé pour les transactions qui ne changent rien dans l'état de la possession, on aperçoit que ce cas n'est pas réalisable. Ainsi, posons par hypothèse que vous êtes propriétaire de tel immeuble que Paul vient revendiquer; vous discutez, et la lutte judiciaire une fois engagée, Paul et vous y mettez fin en convenant que vous garderez l'immeuble, et qu'en retour du sacrifice que fait Paul en renonçant à suivre le procès, peut-être à faire prévaloir son droit en justice, vous lui donnerez tel autre immeuble que vous possédez ailleurs. Certes, le droit proportionnel sera perçu dans ce cas, et il devra être perçu : ce sera déjà un démenti donné au système, puisque, dans l'espèce, *la transaction ne change rien à l'état de la possession de la chose litigieuse*. Mais enfin elle comprend un immeuble qui, étant étranger au litige, ne peut passer de vos mains dans celles de Paul sans donner ouverture au droit proportionnel. Que faudrait-il donc pour que le droit fixe seulement fût exigible? Il faudrait que Paul, après avoir engagé le procès, renonçât à le suivre sans rien recevoir, en retour du sacrifice qu'il fait par la renonciation qui vous laisse propriétaire incontesté. Mais alors ce n'est pas d'une transaction qu'il s'agit, puisque nous n'avons plus là cette réciprocité de concessions ou de sacrifices qui est la condition essentielle, le caractère distinctif du contrat; nous sommes en présence d'un désistement pur et simple, c'est-à-dire, d'un acte qui a aussi sa place dans les tarifs établis par la loi (L. 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 28; L. 28 avril 1816, art. 43, n° 12), et auquel, par conséquent, on appliquera le droit qui lui est propre (2 francs), et nullement le droit propre à la transaction

(3 francs). Ainsi ce dernier droit n'a pas d'application possible dans le système qui prévaut, et le texte qui en principe soumet la transaction au droit fixe, est par le fait supprimé.

Cependant la jurisprudence est établie par une longue suite d'arrêts de la Cour de cassation; et après l'arrêt solennel du 12 décembre 1865, qui donne à cette jurisprudence la consécration la plus imposante comme la plus énergique, on comprend qu'il serait désormais téméraire de régler la perception du droit d'enregistrement sur les transactions autrement que d'après les bases définitivement posées.

Mais ajoutons que cette jurisprudence n'engage qu'une question de droit fiscal, dans laquelle le droit commun reste complètement désintéressé. La Cour de cassation a pris le soin de le dire; l'arrêt solennel du 12 décembre 1865 précise nettement que si le changement dans l'état de la possession fait de la transaction un acte translatif, *c'est seulement vis-à-vis de l'administration de l'enregistrement*. Peut-être la donnée n'est-elle pas en harmonie parfaite avec la pensée de la loi fiscale qui n'a pas voulu faire de l'administration de l'enregistrement une individualité à part vis-à-vis de laquelle les contrats et les conventions du droit civil auraient un caractère différent de celui qui leur appartient vis-à-vis de tous, et qui ayant tarifé les actes et les contrats sans en définir aucun, s'est probablement référée aux définitions de la loi civile, entendant que ce qui est une vente, un bail, une transaction pour tout le monde, ne serait pas pour la régie autre chose qu'une transaction, une vente ou un bail. Quoi qu'il en soit, il y a, dans les arrêts rendus sur ce point spécial, une réserve dont on ne saurait méconnaître la portée : si la transaction est translatrice, dans le cas donné, c'est seulement vis-à-vis de l'administration de l'enregistrement; en elle-même et en principe, elle est simplement déclarative, les arrêts le disent expressément : et c'est ainsi qu'au fond et dans la réalité des choses, cette jurisprudence exceptionnelle n'enlève rien à la signification des conséquences pratiques qui, dans leur ensemble, confirment le principe et en complètent la justification.      PAUL PONT.

## OBSERVATIONS SUR LE MÉMOIRE DE M. BATBIE,

INTITULÉ

RÉVISION DU CODE NAPOLÉON <sup>1</sup>.

Par M. A. DUVERGER,

professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

M. Batbie demande « un remaniement du Code Napoléon « dans un sens favorable à la liberté des parties qui agissent « ou contractent <sup>2</sup>. »

Je pense avec mon savant collègue que la loi la mieux faite doit être modifiée, lorsqu'il est démontré qu'elle a été dépassée par la civilisation et qu'elle n'est plus conforme au droit désormais mieux connu.

Il est dangereux, suivant Pascal, de dire au peuple que les lois ne sont pas justes <sup>3</sup>.

Il serait plus dangereux de dire au peuple que les lois sont justes quand elles ne le sont pas; on détruirait chez lui la moralité ou la confiance, et, peut-être, l'une et l'autre.

Les auteurs du Code civil ont eux-mêmes déclaré qu'ils n'avaient pas la prétention d'enchaîner l'action du temps, qu'il ne leur était pas donné de connaître et de calculer d'avance ce que l'expérience seule pourrait révéler <sup>4</sup>.

Sans doute, les jugements téméraires, dont les lois sont l'objet, ébranlent, mal à propos, l'autorité qu'elles doivent conserver sur les esprits, pour garder sur les actions l'empire qui leur appartient. On ne lit pas sans regret et sans crainte, dans un ouvrage séduisant par le mouvement des idées et par l'éclat du style, une phrase comme celle-ci : « Loin de nous la pensée d'attaquer l'ensemble de notre Code civil qui est un grand monument législatif; mais toute œuvre humaine a un côté faible, et dans le Code *le côté faible, c'est la partie morale* <sup>5</sup>. »

<sup>1</sup> Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques; inséré ci-dessus, p. 125 et suiv.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, *suprà*, p. 127.

<sup>3</sup> *Pensées*, art. VI, n° 40 (édition de M. Havet, p. 90).

<sup>4</sup> *Discours préliminaire*, Fenet, t. 1, p. 469.

<sup>5</sup> *Histoire morale des femmes*, par M. Ernest Legouvé, de l'Académie française, 4<sup>e</sup> édition, p. 5, note 2.



M. Batbie ne souscrirait pas à de pareilles critiques ; le savant professeur n'a pas « dessein de porter atteinte à l'admiration dont a joui jusqu'à présent » le Code Napoléon ; il reconnaît « que les rapports privés ont depuis longtemps été « étudiés et réglés, qu'il en est un grand nombre pour lesquels « le progrès n'est guère possible <sup>1</sup>. » Son but « consiste uniquement à réclamer contre les dispositions qui portent inutilement atteinte au droit individuel, à la propriété et à la « liberté des conventions <sup>2</sup>. »

La liberté, contenue dans les limites de la morale et du droit, est un principe ; et c'est un devoir, pour quiconque croit à la dignité humaine, d'accueillir les réformes qui auront pour résultat de rendre à ce principe sa portée légitime. Je n'opposerais donc pas une fin de non-recevoir absolue aux propositions de mon honorable collègue. J'essayerai seulement d'établir que, parmi les innovations réclamées, plusieurs ne sont pas commandées par le respect dû au droit individuel, à la propriété, à la liberté des conventions ; et que, si elles étaient admises, elles ne constitueraient pas des perfectionnements.

Ainsi, pour n'indiquer que les points principaux sur lesquels je combattrai mon savant collègue :

La loi qui permettrait de subordonner l'existence du mariage civil à la célébration ultérieure du mariage religieux, ne me semble pas nécessaire ; cette loi serait nuisible parce qu'elle ferait renaître entre l'Église et l'État des conflits qu'il convient d'éviter ;

Je regarderais le bon et grand principe de l'indissolubilité du mariage comme ébranlé par la faculté reconnue au conjoint du condamné à une peine perpétuelle, de faire prononcer en justice la dissolution de son mariage ;

Il y aurait, suivant moi, dans l'abolition du conseil judiciaire pour prodigalité, et dans la prohibition du régime dotal, de graves atteintes portées au droit qui appartient à la famille et à la société de protéger ceux de leurs membres qui ont besoin de protection, et au droit de ces personnes elles-mêmes, d'être protégées.

Avant d'aborder la discussion de ces importantes questions,

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 126.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 127.

je soumettrai à mon honorable collègue deux remarques sur la partie générale de son mémoire.

M. Batbie fait observer qu'à la différence de la législation pénale qui a été modifiée à diverses reprises, le Code Napoléon « n'a presque pas été changé, que les quelques modifications « qu'il a éprouvées portent sur des détails secondaires, dont « l'importance ne peut pas être contestée, mais qui paraît petite « à ceux dont l'esprit considère l'ensemble de la législation <sup>1</sup>. »

Jusqu'à présent, si je ne me trompe, on avait considéré comme ne portant pas sur des détails secondaires, les lois qui ont aboli le divorce; qui ont enlevé à ses partisans un de leurs arguments les plus redoutables en autorisant le désaveu de paternité dans le cas de séparation de corps <sup>2</sup>; qui ont aboli la mort civile; qui ont permis au gouvernement d'autoriser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs; qui ont rendu aux étrangers le droit de recueillir en France des successions ou des libéralités, même lorsqu'il n'y a pas réciprocité; qui ont adouci la contrainte par corps; qui ont mis obstacle, par la publicité des contrats de mariage, à la fraude que commettaient des époux mariés sous le régime dotal; qui ont favorisé, en créant des servitudes, les irrigations et le drainage; qui ont, dans le but d'assurer la circulation des immeubles et de fortifier le crédit hypothécaire, rétabli la transcription des aliénations à titre onéreux, et soumis les hypothèques légales à l'inscription dans l'année qui suit la fin de l'incapacité; qui ont, enfin, commencé à simplifier la procédure de la saisie immobilière et celle de l'ordre entre les créanciers <sup>3</sup>.

Une seconde remarque m'est suggérée par le passage du Mémoire, dans lequel M. Batbie rappelle que l'idée d'une révision du Code civil a été déjà présentée par M. Rossi. M. Batbie ajoute que le travail de son devancier « parfait pour les idées « générales, n'entraîne pas assez dans les détails, et qu'il a « voulu prendre le côté qu'avait négligé cet homme éminent. »

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 126.

<sup>2</sup> M. Legouvé n'a pas tenu compte de la loi du 6 décembre 1850 (insérée dans l'article 313 du Code Napoléon), lorsqu'il a dit : « (La femme séparée de corps) met-elle au monde des enfants adultérins? C'est le nom du mari qu'ils porteront, si le mari ne prouve son absence. » (*Histoire morale des femmes*, 4<sup>e</sup> édition, 1864, p. 235.)

<sup>3</sup> M. Batbie a parlé de la saisie immobilière qui a un titre important dans le Code civil. *Loc. cit.*, p. 158 et 160.

Il y a, me semble-t-il, entre les deux propositions de réforme, une autre différence importante : le but poursuivi par M. Rossi et par M. Batbie n'a pas été le même, en général.

M. Rossi avait été frappé d'un certain désaccord entre notre législation privée et les résultats de la révolution économique qui s'est accomplie depuis l'achèvement du Code civil.

Écoutez l'éminent professeur préciser lui-même la critique qu'il faisait de la loi, au nom de l'économie politique : « Le désaccord ne se manifeste que dans un ordre d'idées et de faits subalterne, dans la partie, je dirai presque matérielle du droit civil, dans celle qui traite des biens indépendamment de l'état des personnes, des modifications de la propriété, des manières dont on l'acquiert, dont on la transmet, dont on la garantit <sup>1</sup>. »

M. Batbie s'inspire aussi de considérations économiques ; mais, en général, mon savant collègue se place au point de vue plus élevé de la justice, du respect de la liberté individuelle. Pour lui, il ne s'agit pas seulement de modifier le droit des biens, mais de rendre aux personnes l'indépendance qui leur appartient.

<sup>1</sup> Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques ; inséré dans la *Revue de législation*, t. XI, p. 5 et suiv. — M. Rossi demandait qu'une loi spéciale déterminât sur les produits des manufactures les droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier, de la femme et du mari qui auraient adopté le régime sans communauté ; que le législateur « qui avait été loin de prévoir l'importance actuelle de la fortune mobilière » veillât un peu plus sur les biens mobiliers des mineurs, qu'il cessât de réserver toute sa sollicitude pour les immeubles que le tuteur ne peut vendre « sans observer des règles et des formalités bien nombreuses, bien longues, bien coûteuses ; » que notre système hypothécaire répondit aux deux besoins de notre état social, la rapidité des opérations et la sûreté des affaires ; que les inextricables ambages de la procédure ne fissent pas « de l'étude de chaque officier un infranchissable défilé ; » que la règle du transport de la propriété par la convention fût modifiée (sans doute, par le rétablissement de la transcription) ; que nos lois sur la contrainte par corps cessassent d'être « un moyen de crédit pour l'escroc, un piège pour l'homme probe ; » que « l'association pût se plier aux phases diverses du phénomène de la production, et à celles du fait encore plus compliqué de la distribution de la richesse ; » que les assurances, spécialement les assurances sur la vie, fussent favorisées d'une réglementation spéciale afin que l'ignorance et l'égoïsme cessassent de trouver « une sorte de justification dans le silence du législateur ; » que l'emphytéose temporaire « que les auteurs du Code n'ont su ni proscrire ni régler » ne fût plus livrée aux seules décisions de la jurisprudence, etc.

La loi, considérée sous ce rapport si grave, mérite-t-elle toutes les critiques que contient le mémoire de mon honorable collègue? — C'est précisément ce que je veux contester.

Je m'écarterai, le moins possible, de l'ordre que M. Batbie a suivi dans son travail, et qui est celui même des titres du Code Napoléon.

## I.

C'est une bonne fortune pour moi de débiter par une adhésion dans l'examen des réformes proposées par mon excellent collègue.

M. Batbie demande qu'une modification soit faite à la loi sur la naturalisation<sup>1</sup>. Il veut, pour des raisons que j'affaiblirais en les reproduisant sous une autre forme, que l'on ne repousse pas « pendant un an l'étranger qui, après avoir rendu à notre « pays un service signalé, demande à être agrégé à un peuple « dont il a bien mérité avant d'en faire partie;.... qu'on « ajoute à la loi un article en vertu duquel la qualité de « Français pourra être conférée par *une loi d'intérêt privé*, « sans condition de résidence antérieure et à la charge seulement d'établir à l'avenir son domicile en France. »

Cette modification libérale serait un retour partiel à l'ancien droit français.

Le roi, qui exerçait la puissance législative, accordait la naturalisation par des lettres patentes, dont l'obtention n'était subordonnée à aucune condition de séjour préalable en France.

L'Assemblée constituante transféra au nouveau pouvoir législatif le droit de naturaliser les étrangers, tel qu'il avait existé entre les mains du roi.

Elle créa, de plus, une naturalisation qui s'opérait d'elle-même, par l'accomplissement des conditions légales.

Ce nouveau mode, la naturalisation de plein droit, fut seul conservé par les Constitutions de l'an III et de l'an VIII.

En 1803, dans les travaux préparatoires, les auteurs du Code contestèrent à l'étranger le droit de devenir citoyen sans avoir obtenu le consentement de la France<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 128.

<sup>2</sup> « La Constitution n'a pas voulu verser sur nous la lie des autres peuples.... Cette adoption d'ailleurs doit être un engagement réciproque, et la nation ne peut pas plus être forcée de recevoir, au nombre de ses citoyens,

Cette interprétation, trop libre, de la Constitution renfermait, d'ailleurs, une idée parfaitement juste.

Il convient « que l'accession de nouveaux citoyens ne soit pour la patrie qu'un nouvel élément de force et de puissance <sup>1</sup>. »

La législation actuelle repose sur ces deux bases excellentes, le temps d'épreuve et le droit pour le gouvernement d'examiner s'il y a lieu d'accorder la naturalisation.

Le temps d'épreuve fut réduit à cinq ans, en 1848. Bientôt on signala « le danger de ces naturalisations improvisées qui deviennent le prix d'une courte résidence, passagère par sa nature ou du moins incertaine dans son avenir <sup>2</sup>. »

La loi de 1849 exigea, de nouveau, le stage de dix ans.

La même loi impose à l'étranger la condition d'avoir obtenu, après l'âge de vingt et un ans accomplis, l'autorisation d'établir son domicile en France; elle prescrit au gouvernement de faire une enquête sur la moralité de l'étranger, et de prendre l'avis du Conseil d'État, avant d'accorder la naturalisation. Faut-il, à raison de ces garanties, abrégé le temps d'épreuve pour tous les étrangers?

C'est un point qui sera, quelque jour, sérieusement débattu <sup>3</sup>.

Dès à présent, il nous paraît démontré par M. Batbie que dans les cas très-rares où un homme, savant comme M. Blondeau, supérieur comme M. Rossi, sollicitera la qualité de Français, il y aura libéralité et profit à la lui donner immédiatement.

un étranger qui lui déplairait, que cet étranger ne pourrait être contraint à devenir, malgré lui, citoyen français..... » (Exposé des motifs du titre de la jouissance et de la privation des droits civils par M. Boulay; Fenet, t. VII p. 145.)

<sup>1</sup> M. Delangle, rapport au Sénat sur le sénatus-consulte relatif à l'état des personnes et à la naturalisation en Algérie, 14 juillet 1865.

<sup>2</sup> Rapport de M. de Montigny sur la loi du 3 décembre 1849. (Duvergier, *Collection des lois*, t. XLIX, p. 416, note 2.)

<sup>3</sup> On lit dans le rapport de M. Delangle, déjà cité : « Nous vivons dans un temps où les idées de nationalité, quelque respectables qu'elles soient, ne sont plus étroites et jalouses. Le patriotisme ne consiste pas à faire le vide autour de soi; il se montre à d'autres signes, et s'il est permis d'émettre un vœu, c'est que le présent sénatus-consulte soit le prélude de modifications à faire à la loi de 1849, et qu'en abaissant les limites de la résidence, c'est-à-dire en revenant aux prescriptions des lois constitutionnelles de 1791 et 1795, on rende plus abordable en France et plus commode l'obtention de la naturalisation. La faculté illimitée de rejeter les demandes indiscretes donne une suffisante sécurité contre la possibilité des abus. »

La nécessité de consulter le Corps législatif serait une garantie. L'honneur de mériter un vote favorable stimulerait une ambition qui ne saurait déplaire à la France, celle de lui appartenir.

M. Batbie se joindra, sans doute, à nous pour demander une autre réforme qui découle du principe d'indépendance individuelle.

La naturalisation donne des enfants à la France, elle lui en fait perdre quelquefois. C'est le jeu de la liberté.

Un décret du 26 août 1811 prononce des déchéances graves contre les Français naturalisés en pays étranger sans autorisation.

Ce décret a été justement critiqué comme inconciliable avec « l'un des droits les plus sacrés de l'homme qui n'étant point attaché par des racines à la terre, n'y doit rester attaché que par le bonheur <sup>1</sup>, » ou plutôt, par le devoir du patriotisme, librement accompli.

Avant Mirabeau, Montesquieu a réclamé ce qu'on pourrait nommer le droit d'expatriation. Voulant blâmer les édits de Louis XIV qui méconnaissaient ce droit, Montesquieu a loué la coutume de Perse qui le reconnaissait. « Quoique, a-t-il dit, « l'usage contraire ait tiré son origine du despotisme où l'on a regardé les sujets comme des esclaves, et ceux qui sortent comme des esclaves fugitifs, cependant la pratique de Perse est très-bonne pour le despotisme, où la crainte de la fuite ou de la retraite des redevables, arrête ou modère les persécutions des Bachas et des exacteurs. » (*Esprit des lois*, liv. XII, ch. 30.)

L'abrogation du décret de 1811 serait un retour au Code civil, qui n'ajoutait aucune déchéance à la perte, grande en elle-même, de la qualité de Français, par la naturalisation acquise en pays étranger. Le Code ne soumettait pas cette naturalisation à l'autorisation du gouvernement français <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Mirabeau, lettre à Frédéric-Guillaume.

<sup>2</sup> On peut, toutefois, en remontant à la discussion du Code, trouver le germe du décret de 1811 dans cette observation de Cambacérés, que la loi ne doit peut-être pas présumer l'abdication de sa patrie par un Français et qu'un pareil acte ne rend favorables ni celui qui le fait ni ses enfants (il s'agissait des manières de recouvrer la qualité de Français). Tronchet répondit que l'expatriation n'est pas en soi un délit; que c'est l'usage d'une faculté naturelle qu'on ne peut contester à l'homme. Le premier consul

Enfin, le vœu d'abrogation que nous reproduisons, a été présenté dans le rapport fait au Corps législatif sur la loi abilitative de la mort civile. M. Riché s'est exprimé ainsi : « L'exposé des motifs indique que l'abolition de la mort civile désarmera de sa sanction la disposition du décret du 6 avril 1809, dirigée contre les Français résidant à l'étranger qui n'obéissent pas à un ordre de rappel. Le gouvernement promet la révision de ce décret, comme aussi sans doute celle du décret de 1811, qui punit de graves déchéances les naturalisations des Français à l'étranger sans l'aveu du gouvernement français. Le principe de ces décrets, qui a quelque affinité avec celui des lois du XVII<sup>e</sup> siècle contre les protestants expatriés et du XVIII<sup>e</sup> siècle contre les émigrés, peut soulever de sérieuses controverses<sup>1</sup>. »

Le décret de 1811 est non-seulement contraire à la justice, mais, de plus, il est inutile. L'attachement des Français pour la patrie préserve suffisamment la France de l'émigration de ses enfants.

## II.

M. Bathie propose d'apporter deux graves modifications à la loi du mariage.

Les futurs époux déclareraient devant l'officier de l'état civil « s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. « Si non, le mariage civil serait définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse<sup>2</sup>. »

« Lorsque l'un des conjoints aurait été condamné à une peine perpétuelle, il serait permis à l'autre conjoint de demander la dissolution du mariage et de la faire prononcer en justice<sup>3</sup>. »

appuya l'avis libéral de Tronchet. L'observation de Cambacérés n'eut alors d'autre résultat que de faire remplacer le mot *abdication* par le mot *perte*, qui indique une déchéance. (Compar. M. Coin-Delisle, *Rev. crést.*, t. XXVI, p. 220, en note.)

<sup>1</sup> La révision, ou mieux, l'abrogation devrait porter aussi sur un avis du Conseil d'État du 21 janvier 1812, portant solution de diverses questions relatives aux Français naturalisés à l'étranger... Cet avis, suivant la juste remarque de M. Valette (*Revue des cours*, t. II, p. 50), a donné une interprétation abusive de l'article 17-2<sup>o</sup> du Code Napoléon.

<sup>2</sup> M. Bathie, *loc. cit.*, p. 130 et 131.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 132.

Je combattrai ces deux propositions.

La loi qui accueillerait la première, serait, si je vois juste, la source de redoutables conflits entre l'Église et l'État.

La loi, qui admettrait la seconde, entamerait le principe de l'indissolubilité du mariage. Je craindrais que, par la force de la logique, la doctrine du divorce n'élargit peu à peu cette brèche, et ne finit par rentrer tout entière dans le Code civil.

J'espère démontrer qu'il n'est pas nécessaire de recourir aux remèdes proposés, que ces remèdes sont dangereux, et que, dans tous les cas, il n'y a pas entre eux parfaite concordance.

M. Batbie appuie sa première proposition sur le principe de la liberté de conscience. Cette liberté exige, d'une part, que la célébration devant le maire soit suffisante; d'autre part, « que si un époux civilement marié ne veut pas, au mépris « d'une promesse formelle ou tacite, ajouter la célébration religieuse à la célébration civile, il ne puisse pas contraindre à « la cohabitation l'autre futur époux...<sup>1</sup>. »

Je suis d'accord avec M. Batbie sur le principe.

La loi du mariage doit être modifiée si, réellement, comme le dit mon honorable collègue, cette loi autorise l'un des époux, le mari, par exemple, à exiger la cohabitation avant la bénédiction nuptiale.

Mais cette modification n'est pas nécessaire si le Code Napoléon protège la résistance de la femme, toutes les fois que cette résistance a pour cause véritable le respect de la religion.

Or, suivant moi, la femme a toujours, d'après la loi telle qu'elle est faite, un moyen de défendre sa conscience et son honneur; je dis même qu'elle peut en avoir deux.

Le premier moyen est le refus de cohabitation que les juges doivent protéger d'abord et dans tous les cas; le second est la séparation de corps que les juges, à raison des faits, peuvent être autorisés à prononcer.

Ces deux propositions ont été, déjà, soutenues dans cette *Revue*.

Une brochure de M. Sauzet, publiée en 1853<sup>2</sup>, avait agité,

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 130.

<sup>2</sup> *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie*; Lyon, 1853.



au point de vue religieux, la question que M. Batbie vient de relever au point de vue de la liberté. « La loi qui réduit le mariage à un contrat civil, avait dit M. Sauzet, efface Dieu et sacrifie les consciences..... Après les paroles de l'officier de l'état civil, le mariage est tenu pour consacré; et si la jeune et timide vierge attend une autre sanction pour cet irrévocable changement de sa destinée....., on pourra se rire impunément de ses scrupules..... Pour autoriser la séparation, il faudrait trouver des magistrats qui voulussent méconnaître leurs devoirs de juges et n'obéir qu'à leurs consciences d'hommes en mettant les mœurs au-dessus des lois. »

Un jurisconsulte, très-regretté par les lecteurs de la *Revue*, s'émut de cette censure de la loi française et la repoussa avec une vivacité toute patriotique. M. Coïn-Delisle a démontré que ce n'était pas par la seule force des mœurs, que c'était aussi par la force des dispositions combinées des lois civiles qu'on ne voyait pas se produire le scandale dénoncé par M. Sauzet<sup>1</sup>.

L'attaque recommence, recommençons la défense.

L'attaque a été brève non moins que brillante; la défense sera longue. Qu'on nous le pardonne. Il ne suffit pas d'affirmer que le Code ne permet pas l'oppression de la femme. Il faut le prouver; il faut de plus, pour rassurer l'opinion, montrer que les auteurs et les arrêts appuient nos solutions. A ce prix seulement, il sera certain que la loi est entendue et appliquée de telle sorte, qu'en fait l'oppression prétendue n'est pas possible.

Je suppose d'abord que la femme répond à la demande ou à la sommation du mari de le suivre au domicile conjugal, qu'elle s'y refuse, et qu'elle s'y refusera, tant que le mariage religieux n'aura pas été célébré.

Le mari s'adresse à la justice, il allègue que le lien du mariage est formé, et que, par suite, l'article 214 du Code Napoléon oblige sa femme d'habiter avec lui.

Mais la femme objecte que son mari lui doit protection, article 213, et que l'article 214 ne permet au mari d'exiger de sa femme qu'elle le suive au domicile conjugal, qu'autant qu'il remplit lui-même ses obligations corrélatives.

<sup>1</sup> *Rev. crit.*, t. III, p. 175 et suiv.

La femme dira :

Si le ciel t'a fait roi, c'est pour me protéger <sup>1</sup>.

« Protéger, ce n'est pas seulement mettre à l'abri des coups et des injures, c'est aussi faire respecter la dignité et la liberté.

« Vous ne me protégez pas, vous m'opprimez, M. Batbie l'a écrit, quand vous méconnaissez chez moi le premier de tous les droits, celui d'honorer Dieu.

« Me recevoir au domicile conjugal, me fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie..., comme vous y oblige l'article 214, ce n'est pas seulement me loger, me vêtir, me nourrir selon vos facultés et votre état, c'est aussi, et principalement, me faire une existence que je puisse accepter sans sacrifier mon honneur. »

La femme aura pour elle la jurisprudence.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que si l'article 214 du Code Napoléon impose à la femme l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, *cette obligation est subordonnée à la condition* que celui-ci lui fournira tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état; attendu que, par ces dernières expressions, le législateur n'a pas borné sa sollicitude aux besoins matériels de la vie, *mais qu'il a entendu protéger également la dignité et la sécurité de la femme.....*, rejette... »

L'arrêt dénoncé, que la Cour suprême approuve en ces termes, juge qu'il n'y a rien d'injurieux pour le mari dans le refus de cohabitation opposé par la femme lorsqu'il est constant en fait que le domicile du mari est le même que celui de ses père et mère, et que les contrariétés de toute espèce auxquelles la femme y était en butte..... lui rendaient intolérable la vie commune. — Arrêt de la Cour de Dijon du 4 janv. 1860. — Req. rej., 20 nov. 1860 (Appert). — Devill. et Car., 1861, 1, 965. — La Cour de Dijon n'aurait pas accordé au mari, s'il les eût demandés, les moyens de contraindre la femme à revenir au domicile conjugal.

<sup>1</sup> Voltaire. — D'après Charron, les devoirs particuliers du mary sont : instruire sa femme, l'enseigner avec douceur de toute chose qui est de son devoir, honneur et bien, et dont elle est capable, la nourrir, la vêtir, l'aymer et la défendre..... » (Devoirs des mariez, de la Sagesse, liv. III, ch. 12.)

La Cour suprême n'eût pas cassé l'arrêt de la Cour de Dijon. Rapprochons-nous de notre hypothèse.

Dans une espèce où le mariage n'avait pas été béni par l'Église, la Cour d'Aix a décidé « que l'emploi de la contrainte personnelle, qui, dans certains cas, pourrait et devrait être ordonné, serait d'une trop grande rigueur *dans les circonstances particulières de la cause*<sup>1</sup>. »

La Cour d'Angers a inséré dans un arrêt, sur lequel je reviendrai à propos du droit de faire prononcer la séparation de corps, les motifs suivants : « Considérant qu'à l'audience de la Cour, en présence de L..., il a été hautement déclaré en son nom qu'il se refusait formellement et se refuserait toujours à la célébration du mariage religieux réclamé par sa femme ; considérant que, par de telles prétentions, L... méconnaît les obligations et devoirs *que lui impose l'article 214 du Code Napoléon ; qu'il refuse, en y mettant des conditions inadmissibles, de recevoir sa femme au domicile conjugal*, et porte en même temps atteinte à sa dignité de femme et à sa liberté de conscience ; que c'est la placer entre la misère, résultat d'un abandon qui n'a duré que trop longtemps, *et l'acceptation d'une position pire encore, la cohabitation sans mariage religieux, que repoussent sa conscience et le sentiment de ses devoirs comme femme attachée à sa religion.....* » Du 29 janv. 1859. — Devill. et Car., 1859, 2, 77.

On m'opposera un arrêt de la Cour de Montpellier, qui a renvoyé de la demande un mari que sa femme poursuivait afin de le faire condamner à lui payer une pension alimentaire, tant qu'il se refuserait à la cérémonie religieuse.

Cette Cour s'est fondée sur la nature du lien qui unit les époux. « Le mariage, a-t-elle dit, est, en droit, un pur contrat

<sup>1</sup> La Cour affaiblit, il est vrai, la portée de sa décision en ajoutant : « Attendu que les mêmes circonstances font penser à la Cour, ainsi que l'a fait le tribunal de première instance, qu'il paraît suffisant d'autoriser le mari, jusqu'à ce que sa femme ait accompli l'obligation d'habiter avec lui, à s'emparer et à se mettre en possession de la moitié des revenus des biens de sadite femme autres que la dot constituée dans son contrat de mariage, et dont la jouissance était déjà acquise audit Hombres. » 23 mars 1840 (aff. Hombres). — Devill. et Car., 1840, 2, 474.

Pour être conséquente avec elle-même, la Cour aurait dû, me semble-t-il, ne point accorder au mari la moitié des revenus personnels de la femme. — Compar. le *Traité des droits des femmes* de R. Cubain, p. 14, note 1.

civil, lequel existe complètement dès que la célébration devant l'officier de l'état civil a eu lieu; les parties peuvent ensuite faire célébrer leur mariage religieusement, selon tel rit religieux et devant tel ministre du culte que bon leur semble, mais cette célébration religieuse a lieu tout à fait en dehors de la loi civile qui ne s'en est point occupée et qui n'accorde point d'action aux parties pour se contraindre réciproquement à y procéder..... » 4 mai 1847 (Roques). — Devill. et Car., 1847, 2, 418.

Il y a confusion, dans ce considérant, entre la prétention que ne pouvait élever la femme de faire condamner son mari à recevoir la bénédiction nuptiale et le droit qu'elle voulait faire reconnaître, de n'être pas placée dans l'alternative de mourir de faim ou de violer sa religion.

L'arrêt de la Cour de Montpellier ne fera pas jurisprudence. Il contient sur l'obligation de la femme d'habiter avec le mari une doctrine qui est en opposition formelle avec l'ancienne jurisprudence, avec l'opinion de la plupart des auteurs modernes, avec l'interprétation que la Cour de cassation donne de l'article 214 du Code civil. La Cour de Montpellier affirme que la loi n'a établi « qu'une seule exception à la règle générale par laquelle la femme est obligée et peut être contrainte à cohabiter avec le mari, que cette exception a lieu dans le cas où la séparation de corps est demandée par la femme et prononcée par les tribunaux..... » Mais, en 1638 déjà, le Parlement de Metz, refusant la séparation à la femme dont le mari était atteint d'une affreuse maladie, décidait « que la femme se retirerait chez sa mère pendant un an, après lequel il serait pourvu aux parties ainsi qu'il appartiendrait <sup>1</sup>. » Le même Parlement jugeait, le 14 décembre 1691 : « que Thérèse Vaillant rentrera en la compagnie dudit Maucolin (son mari) *dans six mois.....*, en rapportant par lui un certificat de sa parfaite guérison <sup>2</sup>..... »

En citant ces arrêts, je ne veux prouver qu'une chose : le

<sup>1</sup> Merlin, *Répert.*, v° *Sépar. de corps*, § 1, n° 8, *in fine*.

<sup>2</sup> Merlin, *loc. cit.*, n° 9. — Ce qui montre, de plus en plus, que les Parlements se reconnaissaient, dans le règlement des difficultés conjugales, un large pouvoir d'appréciation, ce sont les arrêts par lesquels ils ont prononcé des séparations temporaires. — Voy. plusieurs arrêts de ce genre dans le *Répertoire*, même mot *Séparation de corps*, § 3, n° 11, 12 et 13.

juge s'est toujours reconnu le pouvoir d'autoriser la femme, lors même qu'il ne prononçait pas la séparation, à quitter momentanément le domicile conjugal.

Il ne peut, d'ailleurs, être contesté que, sauf l'appréciation des circonstances par les tribunaux, l'obligation *d'assistance* comprend le devoir, pour chacun des époux, de donner des soins personnels à son conjoint, ce dernier fût-il atteint d'une maladie contagieuse.

Pothier n'était pas moins sévère que l'Église sur l'étendue des devoirs réciproques des époux<sup>1</sup>. Il posait en principe (n° 383) que de l'obligation contractée par la femme de suivre son mari, naissait pour celui-ci le droit, si sa femme le quittait, de la faire condamner à retourner avec lui, « que la femme ne pouvait rien opposer pour se défendre de cette demande. » Cependant, d'après Pothier, le juge avait le pouvoir de dispenser la femme d'habiter avec son mari, lorsqu'il y avait lieu de la faire enfermer à raison de son état de folie. Le grand jurisconsulte ajoutait que cela n'opérait aucune séparation<sup>2</sup>.

Chez les modernes, même doctrine en général.

M. Odilon Barrot constate et ne critique pas la jurisprudence qui « a fixé divers cas dans lesquels, sans recourir au moyen extrême de la séparation, un époux peut être dispensé du devoir de cohabiter<sup>3</sup>. »

M. Duranton décide que « la femme ne sera point tenue de résider dans une maison où ses regards seraient blessés par

<sup>1</sup> « Ni l'épilepsie, quelque violents qu'en soient les accès, ni aucune autre maladie du mari, quoique contagieuse, ne peut être pour la femme une cause de séparation d'habitation : elle est obligée de demeurer avec son mari dans cet état ; de même que si pareille maladie était arrivée à la femme, son mari ne pourrait pas pour cela la renvoyer..... » (*Contrat de mariage*, n° 514.)

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, n° 515. — Dans le *Traité de la communauté*, n° 531, après avoir dit : « Une femme peut aussi être déclarée déchu de son droit de communauté par sentence du juge sur la demande de son mari, lorsqu'après plusieurs sommations que son mari lui a faites par un huissier de retourner avec lui, elle a persévéramment refusé d'y retourner, » Pothier continuait ainsi : « La peine en ce cas dépend des circonstances, et est laissée à l'arbitrage du juge, qui ne déclare pas toujours en ce cas la femme déchu entièrement de tout droit de communauté, mais seulement déchu de prendre part aux acquisitions faites depuis qu'elle a quitté son mari. »

Le juge avait donc un pouvoir d'appréciation.

<sup>3</sup> *Encyclopédie du droit*, t. I, p. 2, v° *Abandon d'époux*.

des actions qui outragent la morale ; » qu'elle pourra, sans faire prononcer la séparation, opposer à la demande de réintégrer le domicile conjugal une fin de non-recevoir, dont les juges apprécieront le mérite suivant les circonstances. (T. II, n° 437.)

M. Demolombe dit, à son tour : « Le mari ne peut exercer le droit qui lui appartient de rappeler sa femme près de lui, que sous la condition de remplir le devoir corrélatif que la loi lui impose *de la recevoir selon ses facultés et son état*. » L'éminent professeur, non moins préoccupé de la dignité de la femme que de son bien-être matériel, ajoute que le mari devrait être déclaré, quant à présent, non recevable : « ..... lors même qu'il aurait une demeure extérieurement convenable, s'il s'y passait des choses qu'une femme qui se respecte ne puisse pas supporter ; comme si, par exemple, le mari se livrait à quelque profession honteuse..... » (T. IV, n° 95.)

M. Dalloz reproduit la même doctrine (*Répertoire*, v° *Marriage*, n° 749). Il cite, à l'appui, un jugement du tribunal de Senlis du 9 octobre 1815, « d'après lequel l'habitation dans laquelle la femme a été victime d'un attentat commis sur sa personne par son beau-père, et à la suite duquel sa vie a été en danger, ne peut être considérée comme domicile convenable, dans le sens de l'article 214 du Code civil, encore bien que l'auteur de l'attentat soit décédé, si d'ailleurs il est reconnu que cette habitation, devant rappeler à chaque instant des souvenirs qu'il est dans l'intérêt des deux parties d'effacer autant que possible, pouvait réveiller des impressions nuisibles à la santé de la femme ; aff. de Pontalba. » M. Troplong approuve cette décision (*Commentaire du titre du contrat de mariage*, T. I, n° 58 et note 4).

On tentera, peut-être, d'opposer à la doctrine commune l'autorité de MM. Aubry et Rau ?

Les éminents professeurs enseignent que « le juge ne peut, sous aucun prétexte, dispenser la femme non séparée de corps du devoir d'habiter avec son mari ; qu'il peut seulement, tout en la condamnant à l'accomplissement de ce devoir, ordonner, s'il y a lieu, qu'elle n'y sera contrainte que *lorsqu'on lui offrira un logement convenable à sa position* <sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> *Cours de droit civil*, t. IV, p. 121.

Pour moi, ces derniers mots, un logement convenable à sa position, ne sauraient signifier : le seul cas où le juge puisse dispenser la femme, non séparée de corps, de suivre son mari au domicile conjugal, est celui où le logement du mari n'est pas *matériellement* en rapport avec la position des époux <sup>1</sup>.

Quoi ! la loi aurait permis au juge d'écouter la femme qui ne veut pas être mal logée et lui aurait défendu d'écouter celle qui ne veut pas être déshonorée !

Jamais cette interprétation ne prévaudrait devant la justice française <sup>2</sup>.

Mais ce n'est pas imposer le déshonneur à la femme que de la forcer de cohabiter après le mariage civil, avant le mariage religieux ! On ajoutera : Vous n'aurez pas le droit, tant que la loi ne subordonnera pas la formation du lien à la bénédiction nuptiale, de juger au point de vue religieux la question d'honneur ou de dignité.

J'espère démontrer, dans un instant, quand je parlerai de la séparation de corps, que la loi a entendu sauvegarder les droits religieux de la femme.

En attendant, j'ai, du moins, le droit de juger la question d'honneur ou de dignité d'après l'opinion des honnêtes gens, d'après ce que la loi appelle *les bonnes mœurs* dans les articles 6, 1133, 1172 du Code Napoléon.

Or, j'affirme, sans crainte d'être démenti, que, dans nos mœurs tout imprégnées de respect pour la religion, une femme

<sup>1</sup> Je crois d'autant moins qu'il faille entendre le passage cité au texte, dans le sens purement matériel, que je lis à la suite : « Le mari qui exige de sa femme le retour au domicile conjugal, doit aussi lui fournir les moyens de quitter, d'une manière *honnête*, son habitation actuelle et de venir le rejoindre. » Le mot *honnête* et, plus encore, la doctrine spiritualiste de tout l'ouvrage ne permettent pas de douter que les intérêts *moraux* de la femme aient été compris dans la pensée de MM. Aubry et Rau.

<sup>2</sup> Voy. les motifs d'un arrêt de la Cour de Nîmes du 20 février 1862 (affaire Laporte) : « Attendu..... que la loi n'a prévu aucune exception à l'obligation de cohabitation; d'où suit qu'on ne doit admettre que celles qui résultent de la force des choses, à savoir : — 1° l'absence de résidence fixe de la part du mari; — 2° le cas où cette résidence serait indigne de la femme, soit sous le rapport *moral*, soit sous le rapport *matériel*..... » — Devill. et Car., 1863, 2, 161.

satisfait à l'opinion, non moins qu'à sa conscience, lorsqu'elle dit :

..... Jamais je ne m'engagerai  
 Dans un nœud que l'autel n'aura pas consacré <sup>1</sup>.

L'article 214 me fournit, d'ailleurs, une autre réponse. Ce texte fait une part à la liberté de la femme en autorisant celle-ci à refuser de suivre son mari dans une habitation qui ne serait pas en rapport avec la position des époux. La femme n'est pas contrainte de sacrifier, sur ce point, ses idées de convenance ou son besoin de bien-être, à la bizarrerie ou à l'avarice de son mari.

Cela posé, je dis à mon honorable collègue : Vous accusez la loi d'avoir permis « l'oppression » du conjoint trompé, dont les convictions religieuses s'opposent à la cohabitation avant la bénédiction nuptiale. De deux choses l'une : ou vous oubliez que l'article 214 protège la liberté de la femme, ou vous pensez que cette disposition défend, il est vrai, d'opprimer la femme en logeant dans une mansarde celle qui peut et qui veut habiter un hôtel, mais qu'elle permet d'opprimer la femme qui ne veut pas renoncer à sa foi religieuse !

Telle ne peut être la loi française ! Elle n'est pas faite contre le droit ; ce qui serait, si quelqu'un de ceux qu'elle régit, homme, femme ou enfant, pouvait être déshonoré ou opprimé en vertu de ses dispositions.

Il va de soi que la dignité et la liberté doivent être protégées chez l'homme comme chez la femme. Le mari pourrait donc refuser de recevoir la femme qui ne voudrait plus demander à l'Église la consécration du mariage. Qu'on pardonne aux exigences de la logique l'hypothèse d'une femme infidèle à sa religion.

Un premier point est prouvé, me semble-t-il : la loi n'oblige pas, mieux encore, elle n'autorise pas le juge à donner au mari les moyens de contraindre la femme qui refuse de cohabiter avant la bénédiction nuptiale. Je me crois autorisé à dire, avec M. Coin-Delisle : « Tous les magistrats, tous sans exception, en obéissant à leur conscience judiciaire, protégeront

<sup>1</sup> M. Ponsard. — Montaigne, et Charron après lui, appellent le mariage une liaison « religieuse et dévote. » (*Essais*, liv. I, chap. 29. — *De la Sagesse*, liv. III, chap. 12.) — La tradition a continué.



la femme, empêcheront le rapt prétendu légal, et permettront à la femme de résider chez ses parents jusqu'à ce que cette fougue tyrannique s'évanouisse par la réflexion. La femme n'a pas même d'action à intenter..... Son refus se défendra de lui-même <sup>1</sup>. »

« La femme n'a pas même d'action à intenter. » — Cela est trop absolu. — Le mariage existe depuis le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil. Les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, sont en cours d'exécution. C'est au mari, si la femme ne s'est pas réservé tout ou partie de ses revenus, que l'administration et la jouissance des deux patrimoines appartiennent.

Comment vivra la femme ?

Elle s'adressera à la justice, et, se fondant sur les articles 212 et 214 du Code Napoléon, elle demandera qu'une pension lui soit accordée.

Il est vrai que le mari ne doit fournir à sa femme « ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, » art. 214, qu'autant qu'elle remplit son obligation d'habiter avec lui, même article 214.

Mais le mari ne peut se dispenser de remplir les charges qui lui sont imposées par la loi, en mettant à la cohabitation des conditions inacceptables qui équivalent au refus de recevoir sa femme.

« Attendu, a dit la Cour de cassation dans un arrêt de rejet du 28 décembre 1830, que l'arrêt (dénoncé) n'a point eu à examiner si le mari était tenu de payer les dettes que sa femme avait contractées sans son consentement, que ce n'est pas là ce qu'il a jugé ; mais qu'il a seulement reconnu, en droit, que le mari qui a refusé de recevoir sa femme a dû pourvoir à son entretien,.... » (Affaire Kenny.) — Devill. et Car., 1831, I, 11.

J'ai dit que la femme pourrait avoir, à raison des circonstances, un second moyen légal de se défendre contre l'exigence du mari, le droit de recourir à la séparation de corps pour injure grave.

Telle est la doctrine la plus générale.

Elle est enseignée, notamment, par M. Demolombe. Elle a

<sup>1</sup> *Rev. crit.*, t. III, p. 179.

été consacrée par l'arrêt de la Cour d'Angers dont j'ai cité un considérant.

M. Batbie repousse cette doctrine en ces termes :

« J'admire le tour de force par lequel la jurisprudence de la  
« Cour d'Angers et l'éminent jurisconsulte de Caen ont trouvé  
« là un cas de séparation de corps pour *injure grave*. A moins  
« que les termes aient perdu leur sens naturel, je ne vois rien  
« d'injurieux dans ce refus si le conjoint qui refuse n'y a pas  
« accompagné de faits propres à lui donner ce caractère ; or  
« ce refus pourrait être fait de la manière la plus respectueuse.  
« Supposons que le mari dise en refusant : « J'avais trop pré-  
« sumé de mes forces et le désir d'être uni à vous m'avait dé-  
« cidé à passer sur toutes les exigences de la religion ; mais  
« aujourd'hui j'ai réfléchi, et il m'est impossible de participer  
« à une cérémonie que mon incrédulité profanerait. » Comment  
« voir une injure dans un refus qui serait motivé en ces termes ? »

L'injure peut se cacher sous des mots respectueux, l'ironie peut s'envelopper dans une phrase polie. Le juge ne s'arrêtera pas à la forme du refus, il en pénétrera le fond, c'est-à-dire, l'intention. *Sermo rei, non res sermoni subjicitur*.

Il est, d'ailleurs, de doctrine certaine et de jurisprudence constante que l'injure *réelle*, celle qui résulte de faits constituant une marque de mépris, n'est pas moins que l'injure verbale, une cause de séparation<sup>1</sup>. Mais, et telle était, certainement, la pensée de mon savant collègue, le refus du mari peut se concevoir pur de l'intention d'outrager la femme.

On supposera qu'un scrupule tardif, mais sincère, empêche un honnête homme de tenir la promesse qu'il a faite de recevoir la bénédiction nuptiale.

Dé son côté, la femme, invariable dans sa foi, déclare qu'avant tout elle sera fidèle à Dieu. Elle dit avec Néarque :

..... Ce Seigneur des Seigneurs  
Veut le premier amour et les premiers honneurs,  
Comme rien n'est égal à sa grandeur suprême,  
Il ne faut rien aimer après lui qu'en lui-même.

Dans cette hypothèse, si le mari n'emploie ni l'obsession ni

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 130 et 131, en note.

<sup>2</sup> *Comp. MM. Aubry et Rau*, t. IV, p. 154. Ces auteurs donnent précisément pour exemple d'injure réelle « le refus du mari de consentir à la bénédiction religieuse du mariage. »

la persécution, pour triompher de la résistance de sa femme, je tombe d'accord avec M. Batbie que la séparation de corps ne peut pas être prononcée pour injure grave.

Je n'admettrais pas qu'il y eût injure par cela seul que le mari aurait promis, avant le mariage civil, de participer à l'acte religieux.

Le mari n'a pu se lier civilement en matière de conscience. Il ne manque donc pas à un engagement valable; par suite, il ne fait pas à sa femme, en violant sa promesse, une injure qui autorise le juge à prononcer la séparation de corps<sup>1</sup>.

Singulière situation! Deux époux pourront donc vivre indéfiniment éloignés l'un de l'autre, sans que ni l'un ni l'autre soit fondé à faire prononcer la séparation!

Au moins, me dira-t-on, réunissez-vous à ceux qui demandent que la loi autorise expressément les juges à prononcer, dans ce cas, la séparation.

M. Paul Bernard, qui a publié dans la *Revue d'intéressantes dissertations sur la séparation de corps réformée*, propose un article ainsi conçu: « Lorsque les futurs époux se seront engagés dans l'acte de mariage à procéder à une célébration religieuse, ils pourront exiger l'exécution de cette promesse. Le refus de l'un d'eux sera une cause de séparation<sup>2</sup>. »

Je ne voterais pas cet article. La loi ne peut pas, suivant moi, sanctionner les conventions qui ont pour objet les choses de conscience<sup>3</sup>. De plus, je craindrais que, dans la situation proposée, l'un des époux ne se hâtât de faire prononcer la séparation, et n'élevât une seconde barrière entre lui et son conjoint. — Prenons garde que les reproches réciproques et le scandale qui accompagnent toujours une séparation, ne rendent à jamais impossible un rapprochement que le temps et la réflexion auraient sans doute opéré.

Nous sommes un peu dans le domaine de l'in vraisemblable, si ce n'est du chimérique, lorsque, pour discuter sur l'hypothèse la plus favorable à l'opinion de M. Batbie, nous supposons que le mari est sincère dans ses scrupules.

Le plus souvent, le refus de recevoir la bénédiction religieuse

<sup>1</sup> V. M. Thierlet, *Revue de législation*, t. XXVII, p. 170 et 171.

<sup>2</sup> *Revue critique*, t. XVII, p. 270; *in fine*.

<sup>3</sup> Compar. les articles 1 et 26 de la Constitution du 14 janvier 1852.

sera inspiré par un système de vexation, de tyrannie ou, du moins, par la forfanterie, par une misérable vanité. Alors, l'injure sera caractérisée dès le début, et la séparation sera immédiatement prononcée, si elle est demandée.

Mon honorable collègue est, je pense, de cet avis.

Dans l'hypothèse infiniment rare des scrupules sincères, j'aurais la confiance que bientôt la religion reprendrait ses droits sur le cœur et sur la raison du mari. Ce ne sont pas les âmes vulgaires qui conçoivent de pareils scrupules. Les hommes capables de les éprouver aiment, avant tout, la vérité; ils sont, par là, moins loin qu'ils ne pensent, de Dieu et de l'Évangile <sup>1</sup>.

J'ai supposé que le mari n'employait ni l'obsession ni la persécution pour contraindre sa femme à venir habiter avec lui.

Dans le cas contraire, je prétends que le juge pourra prononcer la séparation sur la demande de la femme.

M'accordez-vous que la femme mariée a conservé, en dehors de toute promesse expresse ou tacite, le droit que la loi française protégeait chez l'esclave <sup>2</sup>, de pratiquer sa religion? — Sans doute. — Eh bien! le mari qui s'oublie jusqu'à *exiger* de sa femme qu'elle viole un devoir fondamental de sa religion, témoigne du mépris à sa femme, il lui fait une injure.

La personne est inviolable chez celui qui obéit non moins que chez celui qui commande. Or, ce qui constitue essentiellement la personne, c'est la liberté de choisir entre le bien et le mal <sup>3</sup>. C'est donc attenter à la personne, c'est l'insulter au premier

<sup>1</sup> S'il était permis de placer un autre attrait à côté de celui de la vérité, j'opposerais au doute sur la prochaine réunion du mari à sa femme qu'il aime encore, le trouble de Polyeucte lui-même :

Vous ignorez quel droit elle a sur-toute l'âme;  
Quand après un long temps qu'elle a su nous charmer,  
.....  
Je sens déjà mon cœur prêt à se révolter.

<sup>2</sup> Loi du 18 juillet 1845 concernant le régime des esclaves aux colonies. — Art. 6 : « Sera puni d'une amende de cent un francs à trois cents francs tout propriétaire qui empêcherait son esclave de recevoir l'instruction religieuse, ou de remplir les devoirs de la religion. — En cas de récidive, le maximum de l'amende sera toujours prononcé. »

<sup>3</sup> « Ce qui distingue la personne de la simple chose, c'est singulièrement la différence de la liberté et de son contraire. » (M. Cousin, *du Vrai, du Beau et du Bien*, 14<sup>e</sup> leçon.)

chef, que d'essayer de la contraindre à faire ce que sa conscience lui défend.

Mais, d'après la conscience du mari, il n'est point immoral de cohabiter avant le mariage religieux! S'il est permis à la femme de se dispenser de ses devoirs d'épouse, toutes les fois que sa conscience résistera à leur accomplissement, le mariage civil n'existe plus!

La réponse est qu'il ne s'agit pas de proclamer la conscience de la femme souveraine, sans appel, de la société conjugale, mais bien de refuser cette souveraineté à la conscience du mari.

Le mariage est un contrat civil, ou plutôt, il est régi par la loi comme contrat civil. Il y a, d'après la même loi, un juge civil auquel il appartient de dire le droit entre les époux.

Le juge dira donc le droit sur la question qui divise ici le mari et la femme, comme il le fait sur les questions de morale qui lui sont soumises.

Toutes les fois que les tribunaux, et les cas sont nombreux, doivent décider si une convention, si un objet ou une cause d'obligation, si une condition sont ou ne sont pas contraires aux bonnes mœurs, c'est-à-dire, à la morale (art. 6, 1133, 1172 C. Nap.), les tribunaux statuent d'après les données de la morale, telle qu'elle est communément entendue par les honnêtes gens.

Il en sera de même entre ce mari et cette femme qui sont, avec sincérité, c'est toujours notre hypothèse, divergents sur la nécessité du sacrement. •

Que la femme attende avec confiance la décision du juge. Le juge déclarera qu'à la conscience de la femme répond la conscience publique, non pas en ce sens que le mari puisse être contraint à sacrifier ses convictions, mais en ce sens qu'il n'a pas le droit de forcer la femme à sacrifier les siennes et qu'il lui fait injure en cherchant à l'y contraindre.

En fait, les juges, français ou étrangers, sont allés plus loin; ils ont estimé qu'il y avait injure grave par cela seul que le mari se refusait à la célébration religieuse.

« Considérant, a dit le tribunal de Trèves, que, d'après l'opinion prédominante dans les classes ouvrières de la province rhénane, c'est réellement commettre une injure grave contre l'épouse que de refuser de faire consacrer le mariage par l'au-

torité ecclésiastique, parce que ce refus appelle sur la femme le mépris public..... » Jugement du..... 1845<sup>1</sup>.

Même doctrine dans l'arrêt de la Cour d'Angers, du 29 janvier 1859.

En 1813, le sieur L... et la demoiselle N... se marièrent devant l'officier de l'état civil de G... Il ne fut pas procédé à la célébration religieuse, et les deux époux vécurent séparés de fait et complètement étrangers l'un à l'autre. En 1858, la dame L... devenue infirme et pauvre voulut se réunir à son mari et lui fit sommation de la recevoir au domicile conjugal; après toutefois qu'il aurait été procédé au mariage religieux: L... déclara consentir à recevoir sa femme; mais il se refusa à la célébration religieuse du mariage; qui, disait-il, à l'âge auquel étaient arrivés les époux, serait sans but et ne constituerait qu'une profanation. La dame L... pensant que la cohabitation sans la bénédiction nuptiale serait pour elle un état honteux, a formé contre son mari une demande en séparation de corps pour injure grave. Cette demande a été rejetée par le tribunal de Mayenne; mais, sur l'appel, la Cour d'Angers a statué en ces termes: « (Voy. plus haut le premier considérant).... Considérant que le refus persistant de L..., cette alternative à la fois outrageante et inacceptable (de demeurer séparés de fait ou de se réunir sans qu'il y ait eu bénédiction nuptiale) constituent une injure grave de nature à entraîner la séparation; qu'on ne saurait admettre avec les premiers juges que la prétention de la dame L... est tardive; que les droits et devoirs du mariage

<sup>1</sup> M. Devilleneuve, chez lequel avait passé l'esprit même de la jurisprudence, approuvait la décision du tribunal de Trèves: « Ce manque de foi, ce mépris affecté de la religion de l'un des époux par l'autre peut à bon droit, ce nous semble, et sans faire aucunement violence au texte, être considéré comme injure grave envers lui. » (Devill. et Car., 1847, 2; 420, note.) — M. Bressolles décide que le mariage doit être annulé dans l'hypothèse où il est certain que le consentement n'eût pas été donné si l'on eût pu prévoir le refus. — Mais dans le cas où cela n'est pas certain, on pourra considérer, d'après M. Bressolles, comme une injure grave le refus de procéder à la célébration religieuse. (*Revue de législation*, t. XXVI, p. 157 et 158.) — M. Dallôz se range à l'opinion que l'époux *fêlon* fait une injure grave, « par les motifs développés (D. P., 47, 2, 81, note 1) sur la question de savoir si le refus de célébration religieuse peut constituer une nullité de mariage, motifs qui s'appliquent à plus forte raison à la séparation de corps. » (*Repert.*, v<sup>o</sup> *Mariage*, n<sup>o</sup> 58). — Compar. Marcadé, *Rev. de législation*, t. XXVII; p. 342 et suiv.

sont imprescriptibles, et qu'il n'est jamais trop tard pour demander et obtenir la réparation d'un tort ou d'une faute qui y porterait atteinte; — Considérant encore qu'il est impossible d'accueillir, comme l'ont fait les premiers juges, les appréciations de L..., quant au mariage religieux demandé par sa femme et qu'il refuse parce qu'il le considère désormais comme sans but et comme une profanation; que l'on doit voir, au contraire, dans l'expression de pareils sentiments, un outrage de plus et une aggravation de l'injure, puisque la loi civile admet et que l'Église consacre le mariage, quelque avancé que soit l'âge des contractants; que loin de constituer une telle profanation, de telles unions, qui font cesser des situations irrégulières, sont plutôt un hommage rendu à la morale, et pour la foi religieuse une juste réparation. » (Deville. et Car., 1859, 2, 77.)

Le tribunal de Trèves et la Cour d'Angers auraient prononcé, à plus forte raison, la séparation pour injure, si, la femme se refusant à réintégrer le domicile conjugal, le mari avait employé l'obsession ou la persécution pour lui faire sacrifier ses convictions religieuses, ou bien encore, s'il ne s'était refusé à la bénédiction nuptiale que dans un esprit de méchanceté. — Or, la thèse que je soutiens ne va pas plus loin.

Je m'attends à cette objection : Le pouvoir d'appréciation du juge n'existe que dans les cas où la loi ne s'est pas prononcée. Si le mariage avait été abandonné au droit commun des contrats, les tribunaux pourraient faire dans le mariage, au nom des bonnes mœurs, la part des exigences de la conscience religieuse. Mais telle n'est pas l'économie du Code Napoléon. Les législateurs de 1803 ont réglé le mariage dans un titre spécial; ils l'ont réglé minutieusement; ils ont, à la suite des législateurs de 1792, complètement sécularisé cette institution. On altère leur œuvre quand on y fait entrer l'esprit religieux !

M. Coin-Delisle a déjà répondu que l'objection confondait le Code civil avec la loi de 1792.

Ce n'est pas la seule ni la plus grande confusion qui ait été faite entre l'œuvre du consulat et celles des gouvernements antérieurs. Nous avons appris récemment que « rien au monde ne fait plus d'honneur aux Français que d'avoir été capables de se donner froidement, impassiblement leur Code civil au milieu du délire même de 1798..... Il est certain, en effet, ajoute l'au-

teur, que ce qui constitue un Code civil, ce sont les principes fondamentaux, les formules générales d'où dépend son caractère. Lorsque ces grandes lignes ont été tracées, des hommes et des temps même médiocres peuvent remplir les vides, achever ce qui est incomplet, terminer la figure dessinée dans le marbre. — A ce point de vue, comparez le Code civil de 1793 à celui de 1803.....<sup>1</sup> »

<sup>1</sup> M. Edgar Quinet, *la Révolution*, t. II, p. 110 et 111. — Jusqu'à cette découverte, ce qui caractérisait l'œuvre civile de la Convention, c'était d'avoir porté les plus rudes atteintes à la famille et à la propriété, en décidant que « les droits de successibilité des enfants nés hors du mariage sont les mêmes que ceux des autres enfants, » art. 2 du décret du 12 brumaire an II; en augmentant la facilité du divorce, bien que l'Assemblée législative eût déjà fait du mariage un contrat d'une extrême fragilité, décrets du 8 nivôse an II, du 4 floréal an II (il y eut réaction après le 9 thermidor; décret du 15 thermidor an III); — en privant le père, à la fois, d'un attribut de la puissance paternelle et d'une prérogative essentielle de la propriété, par la loi qui défendait de disposer de plus *du dixième* de son bien si l'on avait des héritiers en ligne directe, de plus *du sixième*, si l'on n'avait que des héritiers collatéraux, et de donner le dixième ou le sixième disponible à l'un des héritiers, art. 16 du décret du 17 nivôse an II; en faisant rétroagir ces règles détestables jusqu'au 14 juillet 1789. (La loi du 9 fructidor an III effaça la dernière iniquité, sauf les droits des tiers, loi du 3 vendémiaire an IV.)

D'autre part, ce dont on savait gré à la Convention, c'était, non-seulement de n'avoir pas voté la définition de la propriété, proposée par Robespierre, mais encore d'avoir rejeté les deux projets de Code civil qui furent présentés à l'Assemblée par son comité de législation, et qui contenaient, notamment, ceci :

« (Premier projet, dit de Cambacérés qui en était le rapporteur, livre I<sup>er</sup>, tit. 3, art. 12.) Tout acte emportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre n'est valable, *s'il n'est consenti par l'un et l'autre des époux.* » — Fenet, t. I, p. 20.

« (Deuxième projet, dit aussi de Cambacérés, art. 44.) Il y a communauté de biens entre les époux, et *droit égal à leur administration*, s'il n'en a été autrement convenu. » — Fenet, t. I, p. 114. — Il n'est peut-être pas inutile, aujourd'hui, de rappeler ce que Cambacérés a dit lui-même de ce droit égal des époux, dans le discours préliminaire sur le troisième projet présenté sous le Directoire, en juillet 1795 : « Cette innovation a éprouvé de justes critiques. Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique. Remarquez en effet que l'administration commune serait perpétuellement entravée, et que la diversité d'opinions sur les plus petits détails opérerait bientôt la dissolution du mariage. Rien d'ailleurs n'empêcherait que l'administration ne fût mise exclusivement entre les mains de



Mais revenons à la confusion signalée par M. Coin-Delisle.

L'Assemblée constituante avait déclaré que « la loi ne considère le mariage *que comme contrat civil*. » (Constitution de 1791, tit. 2, art. 7.) Ce n'était pas refuser au mariage tout caractère religieux, c'était lui reconnaître un caractère civil et ne l'envisager qu'à ce point de vue <sup>1</sup>.

L'Assemblée législative méconnut le caractère religieux du mariage, en disant, dans le préambule de la loi du divorce : « ..... Considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir de la disposition constitutionnelle, *suyvant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil* <sup>2</sup>, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce..... » Toutefois, la même Assemblée termina la seconde loi du même jour (20 sept. 1792), sur l'état civil, en déclarant qu'elle n'entendait ni innover ni nuire à la liberté qu'avaient tous les citoyens de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils étaient attachés, et par l'intervention des ministres de ce culte. (Tit. 6, art. 8.)

Le législateur de 1803 a-t-il entendu proscrire, en matière de mariage, les droits de la conscience religieuse?

Je suis convaincu du contraire, et ma conviction repose sur plusieurs raisons :

Les auteurs du Code ont déclaré itérativement, que le mariage n'avait pas, à leurs yeux, un caractère purement civil. Ils ont dit : « Le mariage qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil ni un

la femme; une pareille convention n'offrirait-elle pas une contravention à la loi naturelle, et ne ferait-elle pas supposer l'imbécillité du mari? » (Fenet, t. I, p. 156.)— On a eu raison de dire que dans le troisième projet « le retour aux idées saines était manifeste, que les principes de toute bonne législation reparaissaient, mais isolément, comme les sommets du terrain, lorsque l'inondation décroît. »

<sup>1</sup> On sait que la Constituante, si elle a fait la faute de décréter la Constitution civile du clergé, n'a pas fait celle de proscrire la religion. Elle disait, dans cette Constitution civile : « Les ministres de la religion exerçant *les premières et les plus importantes fonctions de la société*, et obligés de résider continuellement dans le lieu du service auquel la confiance des peuples les a appelés, seront défrayés par la nation. » Tit. 3, art. 1 (décret des 12 juillet-24 août 1790).

<sup>2</sup> La Constitution de 1791 n'avait pas dit cela.

acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs et *que la religion a sanctifié* » (*Disc. prélim.*, Fenet, t. I, p. 423); et, ailleurs : « .... Tous les peuples ont fait intervenir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux, et qui, liant l'avenir au présent, semble faire dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, dont le résultat se présente à l'esprit comme le résultat d'une bénédiction particulière. C'est dans de telles occurrences que nos espérances et nos craintes ont toujours appelé les secours de la religion, établie entre le ciel et la terre pour combler l'espace immense qui les sépare. — Mais la religion se glorifie elle-même d'avoir été donnée aux hommes, non pour changer l'ordre de la nature, mais pour l'ennoblir et le sanctifier. — Le mariage est donc aujourd'hui ce qu'il a toujours été, un acte naturel, nécessaire, institué par le Créateur lui-même. »

« Sous l'ancien régime, les institutions civiles et les institutions religieuses étaient intimement unies. Les magistrats instruits reconnaissaient qu'elles pouvaient être séparées; ils avaient demandé que l'état civil des hommes fût indépendant du culte qu'ils professaient. Ce changement rencontrait de grands obstacles. Depuis, la liberté des cultes a été proclamée. Il a été possible alors de séculariser la législation. On a organisé cette grande idée qu'il faut souffrir tout ce que la Providence souffre, et que la loi, *qui ne peut forcer l'opinion religieuse des citoyens*, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes..... » (*Exposé des motifs du titre du Mariage*, Fenet, t. IX, p. 141, 142.)

Ainsi, d'après Portalis qui a écrit les deux discours que je viens de citer, et dont les convictions religieuses ne peuvent être mises en doute, les auteurs du projet de Code civil et le gouvernement qui a proposé la loi telle qu'elle a été votée, ne refusaient pas au mariage un caractère religieux.

Telle est ma première raison de décider que notre Code ne donne pas le droit, comme on le prétend, de violenter, en matière de mariage, la conscience religieuse de la femme.

Ma seconde raison est tirée des motifs du rétablissement de la séparation de corps, que la loi de 1792 avait abolie : « Le pacte social, a dit M. Treilhard, garantit à tous les Français la liberté de leurs croyances : des consciences délicates peuvent

regarder comme un précepte impérieux l'indissolubilité du mariage. Si le divorce était le seul remède offert aux époux malheureux, ne placerait-on pas des citoyens dans la cruelle alternative de fausser leur croyance ou de succomber sous un joug qu'ils ne pourraient plus supporter? Ne les mettrait-on pas dans la dure nécessité d'opter entre une lâcheté ou le malheur de toute leur vie? Nous aurions bien mal rempli notre tâche si nous n'avions pas prévenu cet inconvénient; en permettant le divorce, la loi laissera l'usage de la séparation; l'époux qui aura le droit de se plaindre pourra former à son choix l'une ou l'autre demande. Ainsi nulle gêne dans l'opinion, et toute liberté à cet égard est maintenue. » (*Exposé des motifs du titre du Divorce*, Fenet, t. IX, p. 476, 477.)

Puisque tel est l'esprit du législateur, j'ai le droit de dire : Des consciences délicates regardent comme de précepte inviolable la célébration du mariage religieux. — Dès lors, le législateur n'a pas entendu ordonner la cohabitation avant cette célébration, car il aurait, contre ses principes, placé des Français et des Françaises dans l'alternative de fausser leurs croyances, ou d'être réduits, par la saisie de leurs revenus ou par le refus d'une pension alimentaire, à mourir de faim pour rester fidèles à leur religion.

Qu'on ne réponde pas : L'époux dont la conscience admettait le divorce pouvait le faire prononcer contre l'époux dont la conscience ne l'admettait pas. La loi civile faisait donc prévaloir la conscience de l'un sur celle de l'autre. De même la loi civile entend que la conscience de celui qui exige la cohabitation avant le mariage religieux, l'emporte sur la conscience de celui qui s'y refuse.

L'objection serait sans force depuis l'abolition du divorce, elle en était dénuée même avant cette abolition.

Le conjoint divorcé, dont la conscience rejetait le divorce, n'était pas contraint d'accomplir des actes contraires à sa foi religieuse. Il pouvait, pour y satisfaire, se considérer comme séparé de corps et ne pas se remarier. Mais l'époux qui serait contraint à la cohabitation, avant le mariage religieux, vivrait, en dépit de sa conscience, dans le concubinage. Et cependant, M. Treilhard disait encore : « Personne n'a le droit de s'interposer entre la conscience d'un autre et la divinité..... » ! (Fenet, t. IX, p. 470.)

Ce qui me confirme de plus en plus dans la conviction que les auteurs du Code n'ont pas entendu, en sécularisant le mariage, donner à l'un des conjoints le pouvoir *d'opprimer* l'autre, *de faire violence* à ses convictions religieuses <sup>1</sup>, c'est la coïncidence de l'approbation du concordat par le Corps législatif et du vote de notre loi du mariage par la même assemblée.

Le concordat a été promulgué comme loi en 1802 <sup>2</sup>; le titre du mariage, en 1803. Portalis a été le rapporteur convaincu, et, en grande partie, l'auteur de l'une et de l'autre loi.

Il est impossible d'admettre entre ces deux lois une contradiction de vues manifeste. Or, il est certain, d'une part, que le concordat a été fait pour assurer aux Français la jouissance des biens spirituels, et, d'autre part, que parmi ces biens spirituels figurait le sacrement de mariage <sup>3</sup>.

Dès lors, est-il admissible que le Code civil ait entendu, à la même époque, permettre au mari de priver la femme d'un bien religieux tel que la bénédiction nuptiale?

On arriverait à des conséquences qui feraient reculer les partisans les plus fanatiques de l'autorité maritale.

La femme doit obéissance à son mari, le mari est le maître de la maison; donc, il peut en refuser l'entrée, malgré les supplications de sa femme, au ministre du culte qui apporte à cette femme mourante la suprême consolation!

Cette tyrannie révoltante ne se comprendrait pas dans une législation qui proclamerait le mari monarque absolu! Or, tel n'est pas le droit français.

Le mari est le chef, mais il est aussi le protecteur, dit l'article 213, que le *Discours préliminaire* développe en ces termes: « L'administration du mari doit être sage et sa surveillance

<sup>1</sup> « ..... J'ajoute qu'il y a oppression dans une disposition qui fait violence au conjoint trompé, dont les convictions religieuses s'opposent à la cohabitation. » M. Batbie, *loc. cit.*, p. 130.

<sup>2</sup> Loi du 18 germinal an X, relative à l'organisation des cultes: « La convention passée à Paris le 26 messidor an IX, entre le pape et le gouvernement français..., ensemble les articles organiques de ladite convention; les articles organiques des cultes protestants, dont la teneur suit, seront promulgués et exécutés comme des lois de la République. »

<sup>3</sup> « Nous savons que le mariage n'est pas étranger à la religion qui le dirige par sa morale et qui le bénit par un sacrement. » (Portalis, rapport sur les articles organiques, *Discours, rapports...*, p. 91.)

modérée; l'influence du mari se résout bien *plus en protection qu'en autorité*; c'est le plus fort qui est appelé à défendre et à soutenir le plus faible. Un empire illimité sur les femmes, tel que nous le trouvons établi dans certaines contrées, répugnerait autant au caractère de la nation qu'à la douceur de nos lois..... *Nous écartons toute mesure qui serait incompatible avec la liberté publique.* » (Fenet, t. I, p. 504.)

Il faut avoir les idées d'Arnolphe sur l'omnipotence du mari <sup>1</sup>, pour dire à la femme, après le mariage : vous ne pouvez plus avoir une autre conscience religieuse que la mienne; je ne crois pas à la nécessité du mariage religieux, désormais, vous n'y croirez plus vous-même.

Arnolphe n'est certainement pas le mari selon le Code civil <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> « Votre sexe n'est là que pour la dépendance :  
Du côté de la barbe est la toute-puissance.  
Bien qu'on soit deux moitiés de la société,  
Ces deux moitiés pourtant n'ont point d'égalité :  
L'une est moitié suprême, et l'autre subalterne;  
L'une en tout est soumise à l'autre qui gouverne;  
Et ce que le soldat dans son devoir instruit  
Montre d'obéissance au chef qui le conduit,  
Le valet à son maître, un enfant à son père,  
A son supérieur le moindre petit frère,  
N'approche point encor de la docilité,  
Et de l'obéissance, et de l'humilité,  
Et du profond respect où la femme doit être  
Pour son mari, son chef, son seigneur et son maître. »

<sup>2</sup> On a vu plus haut comment la doctrine et la jurisprudence entendent l'article 214 qui oblige la femme à demeurer avec le mari. — La femme peut toujours recourir à la justice, si le mari refuse d'autoriser les actes judiciaires ou extrajudiciaires qu'elle veut faire, art. 218 et 219 du Code Napoléon; — la femme peut aussi, dans le cas où le père méuse de l'autorité paternelle, solliciter du tribunal les mesures nécessaires au bien physique et moral de l'enfant (Voy. M. Demolombe, t. IV, n° 9. — Compar., sur le pouvoir des tribunaux, l'important arrêt de cassation du 8 juillet 1857, affaire Jaumes, Devill. et Car., 1857, 1, 721); — la femme remariée exerce librement la puissance paternelle sur les enfants de son premier lit, moins le droit de les faire mettre en prison et de leur donner un tuteur par testament, art. 381, 399, 400 C. Nap. — Voy. aussi l'art. 386. — Enfin, ce qu'on oublie quand on reproche au Code de rendre le mari maître de tous les biens mobiliers de sa femme et administrateur souverain de ses immeubles, le contrat de mariage peut réserver à la femme « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus, » art. 1536 C. Nap.

On trouve dans le texte même de la loi des marques du respect de ses auteurs pour la foi religieuse des parties. L'article 25 ne disait pas simplement que le mariage était dissous par la mort civile; il ajoutait : « Quant à tous ses effets civils <sup>1</sup>. »

Enfin, il y a quelque chose de plus fort que ces inductions de détail, pour prouver que le Code n'a pu autoriser l'oppression des consciences religieuses, c'est le principe même sur lequel est assis tout notre droit privé. Ce principe est le respect de la personne, non pas telle que peuvent la concevoir les inventeurs de systèmes, mais telle qu'elle se montre depuis qu'elle existe.

Il est certain que le législateur a consacré les deux institutions de la famille et de la propriété, comme les deux bases de l'organisation sociale, parce que la famille et la propriété dérivent de la nature de l'homme <sup>2</sup>.

Pour un législateur placé au point de vue du droit naturel et qui ne se propose que d'en être « le respectueux interprète <sup>3</sup>, » l'homme ou le sujet de la loi est nécessairement un

<sup>1</sup> M. Gary s'exprimait ainsi, au nom du Tribunal, devant le Corps législatif : « A l'égard de la femme qui, oubliant les crimes de son mari, ne verrait que son malheur et qui consentirait encore à suivre sa destinée, si elle se croit liée aux yeux de la religion et de la nature, la loi n'entend contrarier ni ses sentiments ni sa résolution. » (Fenet, t. VII, p. 660.) — M. Demante (*Cours analytique*, t. I, n° 55 bis 1) concluait de la restriction apportée par les mots *quant à tous ses effets civils*, que si la cohabitation continuait après la dissolution résultant de la mort civile, il n'y avait pas lieu pour le ministère public à faire condamner les époux à se séparer, comme il doit le faire en cas de nullité du mariage, art. 190 C. Nap. — Compar. l'abbé Carrière, *De matrimonio*, t. II, n° 951 et seq. — L'article 25 du Code portait encore : « (le condamné) est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. »

<sup>2</sup> « (Le mariage) a son principe dans la nature, qui a daigné nous associer en ce point au grand ouvrage de la création. » (*Exposé des motifs du titre du Mariage*; Fenet, t. IX, p. 140.) — « Le principe du droit de propriété est en nous; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive : il est dans la constitution même de notre être et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent. » (*Exposé des motifs du titre de la Propriété*; Fenet, t. XI, p. 113.)

<sup>3</sup> *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 465. — « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers. » (Même discours, *loc. cit.*, p. 476.)

être religieux. J'ajouté que le Code a reconnu la nature religieuse de l'homme, lorsqu'il a consacré l'usage du serment.

C'est par la confiance de nos lois dans « un acte de religion, où Dieu, partout présent, intervient comme témoin et comme vengeur, » que Rôyer-Collard repoussa, dans son admirable discours contre la loi du sacrilège, l'accusation d'athéisme jetée à ces mêmes lois.

S'il est établi que le législateur a considéré les sujets de ses dispositions comme des êtres religieux, il est établi, par là même, qu'il n'a pas entendu permettre aux maris de violenter la conscience religieuse de leurs femmes.

J'ai prouvé, je crois, que la femme obtiendra la séparation de corps, non-seulement contre le mari qui se refuse à la célébration religieuse par un mauvais sentiment, mais encore contre le mari qui, sincère dans son scrupule, aura tenté de triompher de la résistance de sa femme par l'obsession ou par la persécution.

J'avais précédemment démontré que la femme sincère dans la déclaration que sa conscience ne lui permet pas de cohabiter avant la bénédiction nuptiale, sera protégée, dans tous les cas, par le juge qui ne donnera contre elle aucun moyen de contrainte.

Mais, peut-on dire, une interprétation de la loi, quelque plausible qu'elle soit, n'est jamais qu'une opinion. Il faut, surtout en pareille matière, des garanties mieux assurées!

Si mon savant collègue se bornait à demander que le texte de la loi exprimât formellement ce que la doctrine et la jurisprudence déduisent aujourd'hui des articles 214 et 231 du Code civil, j'objecterais seulement que les faits vont presque toujours au delà des prévisions du législateur, et qu'il serait dangereux de substituer une énumération de cas déterminés aux formules larges des dispositions actuelles. Je ne soulèverais, en définitive, qu'une difficulté de rédaction.

Il n'y aurait pas non plus, suivant moi, lieu de faire une objection de principe à la proposition de donner au juge le pouvoir de convertir en séparation judiciaire, après deux années au moins, la séparation de fait qui aurait existé, depuis le mariage civil, entre des époux également sincères, l'un dans l'allégation de sa foi, l'autre dans celle de son incrédu-

lité. Une modification de ce genre rassurerait les personnes qui ne pensent pas que le juge trouve aujourd'hui, dans l'article 214 du Code civil, le pouvoir de protéger indéfiniment la résistance de la femme.

Mais la proposition de mon savant collègue est tout autre et beaucoup plus radicale.

M. Batbie voudrait « que devant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. Si non, le mariage civil serait définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse <sup>1</sup>. »

Voici les raisons qui m'empêchent de souscrire au changement proposé :

Pour que la réforme atteignît son but, la loi devrait prescrire à l'officier de l'état civil d'interpeller les futurs époux sur leur intention relativement au mariage religieux. Sans cette interpellation, la surprise serait encore possible. Une femme qui aurait entendu n'être engagée qu'après la bénédiction nuptiale, pourrait se trouver définitivement mariée par le contrat civil fait sans réserve.

Ainsi, les futurs époux seraient dans la nécessité de déclarer devant le magistrat s'ils ont ou s'ils n'ont pas de foi religieuse.

L'obligation de faire cette profession publique peut-elle se concilier avec le principe de liberté de conscience dont mon savant collègue veut compléter la garantie?

Sous un autre rapport, la proposition me paraît aller contre son but, la liberté de conscience.

La réforme reposerait sur une distinction entre le cas où les parties auraient déclaré que le mariage civil serait suivi, sous peine d'être non avenue, du mariage religieux et le cas de la déclaration contraire.

Je me place un moment dans la dernière hypothèse. Le mariage civil a été célébré comme définitif. Mais la femme est à peine sortie de la salle des mariages qu'elle est saisie du remords d'avoir abandonné sa religion. On conviendra que ce remords est moins suspect que le scrupule du mari dans l'hy-

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 130 et 131.



pothèse sur laquelle j'ai raisonné longtemps avec mon honorable collègue.

Vainement, me semble-t-il, la femme demandera protection contre son mari qui refuse de l'accompagner à l'église, au temple ou à la synagogue, et qui la somme de le suivre au domicile conjugal. Les juges seront tenus de donner au mari les moyens de contrainte, lorsqu'il les réclamera en vertu de la convention expresse ou tacite qui aura précédé le mariage civil et que la loi aura ratifiée.

Aujourd'hui, du moins, une pareille convention n'est pas reconnue par le Code et, dès lors, ne saurait enlever au juge le pouvoir de protéger la femme dont le repentir lui paraît sincère.

Je n'ai point, d'ailleurs, à m'occuper du mariage purement civil, dont les effets seraient immédiats et certains, comme ils le sont aujourd'hui <sup>1</sup>.

Je n'examine que les conséquences du mariage civil et religieux.

Dans l'intervalle qui s'écoulerait entre le contrat civil et la bénédiction nuptiale, les effets du mariage seraient incertains, la capacité civile de la femme serait modifiée sous condition; le contrat de mariage existerait sous condition; les tiers traiteraient avec des époux *conditionnels*; des difficultés sortiraient, peut-être, de cette situation précaire.

Mais ce sont là préoccupations de légiste sur lesquelles je n'insiste pas. En général, l'intervalle entre les deux célébrations est d'un jour au plus; l'incertitude ne serait pas longue.

Toutefois, à moins de déclarer dans la nouvelle loi que le mariage civil serait non avenue s'il n'était suivi du mariage religieux dans un délai déterminé, la situation incertaine des parties pourrait se prolonger, soit par les hésitations de l'une

<sup>1</sup> Le mariage purement civil reprendrait-il le nom de mariage à la *gaumine*? « Le doyen des maîtres des requêtes, au temps de la Fronde, nommé Gaumin (ou Gaulmin), s'étant marié par simple contrat civil, on appelait ces unions des mariages à la gaumine. » M. Henri Martin, *Hist. de France*, 4<sup>e</sup> édit., t. XIV, p. 600, note, d'après Rulhière. — V. dans le *Code matrimonial*, t. I, p. 187, la plainte que le clergé, assemblé à Saint-Germain en Laye en 1680, adresse au roi relativement aux mariages « qu'on appelle à la gaumine, lesquels se font par un simple acte au curé, par lequel les deux

d'elles ou de toutes les deux, soit par quelque événement imprévu qui les séparerait avant la bénédiction nuptiale.

La loi y pourvoirait.

Je ne m'arrêterai pas non plus sur les conséquences que des partisans extrêmes de la liberté des conventions essaieraient de faire sortir de cette innovation : le mariage conditionnel <sup>1</sup>.

La faculté reconnue aux parties de subordonner le mariage à une condition quelconque, ne me paraît pas être une suite nécessaire du changement que je combats. La proposition a pour but de protéger la liberté de conscience; le dessein est généreux; ce serait dénaturer la réforme qu'a de l'étendre jusqu'à sanctionner toutes les fantaisies des parties. Tel futur époux stipulerait la condition du paiement de la dot; telle future épouse, lasse de vivre à la campagne ou en province, ferait une condition de l'acquisition d'un hôtel à Paris. Dieu sait ce qu'imaginerait Dorimène <sup>2</sup>!

Je me hâte d'arriver à l'objection qui me paraît la plus grave.

D'après la proposition, lorsque les parties auraient déclaré avant le contrat civil qu'elles entendent faire bénir leur union, le mariage ne serait conclu qu'après la célébration religieuse. Eh bien! de deux choses l'une : ou cette célébration serait traitée par la loi comme une simple condition de fait, et la loi ne donnerait pas satisfaction aux consciences, ou la loi envisagerait le mariage religieux à son vrai point de vue, et elle soulèverait entre l'Église et l'État des difficultés dont la solution n'est point encore trouvée.

Ce serait traiter la célébration religieuse comme une condition de fait que de formuler ainsi la nouvelle disposition : le mariage sera définitif dès que les parties auront déclaré à l'officier de l'état civil qu'elles ont reçu la bénédiction nuptiale.

On préviendrait, j'en conviens, les conflits entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique, puisque aucune difficulté ne

parties, en présence d'un notaire, déclarent qu'elles se prennent pour mari et femme. »

<sup>1</sup> « Aujourd'hui « le consentement ne peut être soumis à aucune condition, ni accompagné d'une réserve quelconque.... » (MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 12.)

<sup>2</sup> « J'aime le jeu, les visites, les assemblées, les cadeaux et les promenades, en un mot, toutes les choses de plaisir. » (*Le mariage forcé*, sc. IV.)

pourrait s'élever ultérieurement sur la validité du mariage religieux.

Mais on n'aurait pas donné satisfaction à la conscience.

Au point de vue des convictions religieuses, la reconnaissance par les parties du fait de la célébration ne saurait enlever à l'autorité ecclésiastique le droit de statuer sur la validité de cette célébration.

Si cette autorité prononce que la célébration, mentionnée comme accomplie, est nulle, soit pour vice de forme, soit à raison d'un empêchement dirimant, la conscience des époux qui auront entendu n'être liés que par le mariage religieux, se soulèvera contre le mariage purement civil que leur imposera la loi nouvelle.

Il faut donc, pour opérer une réforme sérieuse, reconnaître dans la loi civile que la validité du mariage civil est désormais subordonnée à la validité du mariage religieux, et réciproquement.

Mais aussitôt je vois surgir des conflits redoutables entre les deux puissances.

Le passé doit faire présager l'avenir.

L'ancienne législation française s'était proposé de concilier, en matière de mariage, les droits de l'Église et ceux de la puissance séculière.

Elle n'y était point parvenue.

Le clergé faisait fréquemment au roi des remontrances ou lui présentait des demandes, relatives à la célébration des mariages *et à la connaissance des causes de mariage*<sup>1</sup>.

En 1712, le Parlement de Besançon ne sait comment résoudre les difficultés qui s'étaient élevées, relativement au mariage, entre les officialités et les juges royaux.

Le premier président de ce Parlement en écrit au chancelier. M. de Pontchartrain répond par l'exposé des principes que la puissance séculière admettait en matière de mariage.

On jugera si cette doctrine était de nature à faire cesser le conflit.

«... La distinction expliquée dans votre mémoire, dit le chancelier, entre le pouvoir de prononcer *sur le lien du ma-*

<sup>1</sup> V. dans le *Code matrimonial*, par M<sup>\*\*\*</sup>, avocat au parlement (MDCC.LXX), t. 1, p. 183, le texte des remontrances faites aux XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles.

*riage*, que vous prétendez être réservée au juge d'église, et le droit de connaître des effets civils auxquels le Parlement semble se réduire, ne doit pas être admise indéfiniment dans un tribunal instruit des véritables opinions par lesquelles les limites des deux puissances doivent être fixées.

« Comme le mariage est en même temps un *contrat civil* et un *sacrement*, il est également soumis aux deux puissances, même *par rapport à la validité du lien*. Le contrat dépend absolument de la puissance séculière, le sacrement dépend uniquement de la puissance ecclésiastique. Et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous s'il n'est élevé à la dignité de sacrement, et que réciproquement il n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'Église et l'État exercent également leur autorité sur le mariage considéré en même temps comme contrat et comme sacrement. . . . . »

Tels étaient les principes, suivons-en l'application.

« Il paraît par votre mémoire, dit encore le chancelier, qu'il y a une dernière difficulté qui embarrasse les officiers de votre compagnie ; c'est la contrariété qui se trouve souvent entre le jugement de l'officiel et celui des juges royaux.

« L'officiel déclare un mariage valable ; le Parlement le déclare nul, quant aux effets civils. Les parties, incertaines de leur sort, ne savent si elles sont mariées ou si elles ne le sont point ; ou, si elles croient l'être en conscience, elles portent en secret le joug du mariage sans jouir d'aucun des avantages qui y sont attachés dans l'ordre de la société civile.

« Cette difficulté cessera à l'avenir si votre compagnie entre dans les maximes que je viens de proposer.

« 1° L'officiel sera obligé de se conformer, dans ses jugements, aux ordonnances et aux usages du royaume : ce n'est que sous cette condition que le roi permet aux juges d'église de connaître des causes de mariage. L'article 12 de l'édit de 1606 en contient une disposition expresse ; si cet édit n'a pas été enregistré en Parlement, il est aisé de vous l'envoyer pour l'y faire enregistrer, ou même d'adresser une déclaration particulière à votre compagnie, par laquelle le roi ordonnerait l'exécution de toutes les ordonnances, édits et déclarations concernant la matière du mariage, et nommément l'article 12

de l'édit de 1606. Si les juges d'église suivent les mêmes principes que les juges royaux il y a lieu d'espérer que leurs jugements seront uniformes.

« 2° Quand même il arriverait à l'official de s'écarter de ces principes dans quelque contestation particulière, le Parlement sera toujours en droit de le réformer par la voie d'appel comme d'abus qui peut être interjeté par les parties ou même d'office par le procureur général ; et par là le Parlement fera toujours cesser cette contrariété de jugements dont il craint les suites. Et c'est ce qu'on aurait pu, et même ce qu'on aurait dû faire, dans l'espèce particulière qui a fait naître la question générale. Votre compagnie avait d'autant plus de raison d'user de son pouvoir en cette occasion, que le mariage dont il s'agissait n'étant pas moins nul suivant le décret du concile de Trente que suivant les lois et ordonnances du royaume, la sentence de l'official était doublement abusive, étant également contraire aux canons de l'Église et aux ordonnances du roi. Ainsi, au lieu de vous contenter de confirmer la sentence du juge royal, vous pouviez fort bien déclarer la sentence de l'official abusive, et dire que le mariage avait été, *mal, nullement et abusivement contracté et célébré* : c'est ainsi que le Parlement de Paris aurait jugé en pareille contestation <sup>1</sup>. »

Soixante ans plus tard, Pothier publie son traité sur le mariage. Le pieux et modéré jurisconsulte réfute les théologiens qui ont attaqué le droit de la puissance séculière. Il met dans la discussion une vivacité qui ne lui était pas habituelle, et qui montre que la controverse était toujours pendante <sup>2</sup>.

Suivant Pothier, les juges d'église doivent se conformer aux ordonnances ; le Parlement a le droit d'annuler pour abus les jugements des officialités, dans lesquels il se trouverait quelque chose de contraire aux ordonnances et aux canons <sup>3</sup>.

Que la puissance civile moderne ne soit pas disposée à aban-

<sup>1</sup> *Code matrimonial*, t. I, p. 192. — V. *ibid.*, t. II, p. 669, une série de consultations, qui furent imprimées à Paris en 1761, sur *des positions* qu'un docteur agrégé de l'Université de Caen avait mises dans une thèse de droit canonique, relative à la connaissance des causes de mariage, et qui parurent aux consultants contraires aux maximes et aux libertés du royaume.

<sup>2</sup> *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 11 et suiv.

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, t. II, n° 452 et 453.

donner les pouvoirs que les rois de France n'ont jamais abdiqués, cela ne saurait être douteux.

« L'unité de la puissance publique et son universalité, a dit Portalis, sont une conséquence nécessaire de son indépendance. La puissance publique doit se suffire à elle-même : elle n'est rien si elle n'est tout. Les ministres de la religion ne doivent point avoir la prétention de la partager ni de la limiter <sup>1</sup>. »

Portalis ajoutait : « Le rapport du mariage au sacrement n'est pas non plus une cause suffisante pour rendre l'Église maîtresse du mariage..... Le mariage est un contrat qui, comme tous les autres, est du ressort de la puissance séculière, à laquelle seule il appartient de régler les contrats. Les principes que j'invoque furent attestés par le chancelier de Pontchartrain, dans une lettre écrite, le 3 septembre 1712, au premier président du Parlement de Besançon <sup>2</sup>..... »

Si je cherche du côté de l'Église des propositions de conciliation, je n'en trouve pas qui aient chance d'être acceptées par la puissance séculière.

On lit dans l'ouvrage fort autorisé de l'abbé Carrière, *De matrimonio*, t. II, n° 1045 (1837) : « Quiconque attache quelque prix au bien de la religion doit appeler de tous ses vœux la réforme de la loi (civile) qui est vicieuse à plusieurs égards..... <sup>3</sup> »

L'auteur passe en revue les divers moyens qui ont été imaginés pour remédier au mal qu'il vient de signaler. « Les remèdes, dit-il, peuvent venir de l'Église ou du prince, » (N° 1046 <sup>4</sup>.)

Le savant abbé examine les moyens de conciliation proposés du côté de l'Église.

Voici sa conclusion, n° 1049 :

« Ainsi, du seul côté de l'Église on n'aperçoit guère le moyen de corriger le mal présent ; il n'est point surprenant

<sup>1</sup> Rapport sur les articles organiques. (*Discours, rapports*...., p. 87.)

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 91 et 92. Voy. aussi p. 130 et suiv.

<sup>3</sup> « Igitur quisquis bonum religionis aliquo in pretio habet, votis omnibus debet exoptare ut reformetur lex, multiplici laborans vitio. »

<sup>4</sup> « Varii autem modi excogitati sunt ut malo occurreretur : adhiberi possunt vel ex parte Ecclesie, vel ex parte principis. »

que l'Église ne puisse apporter de remède au mal qui ne vient pas de ses lois, » (N° 1049<sup>1</sup>.)

L'abbé Carrière discute, en second lieu, les divers moyens de conciliation que pourrait employer la loi civile. Il suffit de citer la première observation générale, n° 1055 :

« 1° Pour que ces moyens soient appliqués, il est nécessaire que l'autorité civile reconnaisse les divers empêchements canoniques, ainsi que cela est évident, et qu'elle leur attribue force de loi, même dans son domaine (*etiam in suo foro*); seulement, peut-être, on pourrait obtenir du Souverain Pontife la suppression de certains de ces empêchements, si cela était jugé utile. Une fois les empêchements canoniques admis, il est nécessaire que la loi reconnaisse aussi des tribunaux qui pourront statuer sur ces empêchements. En effet, puisque plusieurs d'entre eux appartiennent au for ecclésiastique, il doit y avoir des tribunaux ecclésiastiques dont les jugements aient force devant la loi. Ces tribunaux s'appelaient autrefois *officialités*; ils devraient être rétablis, non-seulement avec des droits purement spirituels, ainsi qu'il existe maintenant des officialités dans beaucoup de diocèses, mais avec le pouvoir de rendre des jugements exécutoires dans le for extérieur<sup>2</sup>. »

Mgr Affre, de savante et glorieuse mémoire, n'aurait pas admis non plus la doctrine du Parlement de Paris, du chancelier de Pontchartrain, de Pothier, de Portalis, etc., sur la juridiction souveraine des tribunaux séculiers en matière de mariage. Il disait : « Vous voulez protéger les canons; ce sont

<sup>1</sup> « Igitur, ex parte solius Ecclesiæ vix ullum occurrit remedium, quo mederi possit malo nunc existenti : mirum non est, quod ipsa remedium afferre nequeat malo quod ex ipsius legibus non oritur. »

<sup>2</sup> « 1° Ut ad praxim reducantur, necessarium est ut auctoritas civilis agnoscat varia impedimenta canonica, ut satis per se patet, licque vim legis attribuat, etiam in suo foro; solummodo forsitan à S. Pontifice obtineri posset quorumdam imminutio, si ita expedire judicaretur. Semel autem agnitis illis impedimentis, necessarium est ut agnoscantur etiam tribunalia quæ de illis judicare possint : cum vero plura ex ipsis sint de foro Ecclesiæ, existere debent tribunalia ecclesiastica, quorum judicia vim habeant coram lege : illa tribunalia olim dicebantur *Officialitates*, quæ proinde instaurandæ essent, non tantum cum juribus mere spiritualibus, prout nunc in multis diocesis existant, sed cum auctoritate ferendi judicia in foro externo executoria. »

sans doute les canons de l'Église ; mais la constitution de cette Église, ce qui est bien autre chose qu'un canon, vous dit clairement qu'à l'Église seule appartient le droit de les interpréter, de vous les enseigner, de vous dire quels sont ceux qui sont tombés en désuétude et ceux qui sont encore en vigueur. — Si donc vous voulez protéger les canons, bien que ce soit une chose que votre charte ne vous permet pas d'une manière générale<sup>1</sup>, vous devez le faire conformément à l'interprétation que les évêques donnent à ces règles. Mais les protéger contre leurs légitimes interprètes et dispensateurs, c'est une dérision. » *De l'appel comme d'abus*, p. 251 et 252 (1845).

L'illustre prélat ajoutait que les Parlements avaient franchi la limite posée par les ordonnances à leur juridiction et qui ne leur permettaient que d'examiner « si les formes prescrites par les lois dans les jugements ecclésiastiques avaient été suivies. » (*Loc. cit.*, p. 252.)

On a vu qu'un chancelier de France, sous Louis XIV, entendait les ordonnances comme les Parlements, au moins comme le Parlement de Paris<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> « Nous disons d'une manière générale, parce qu'il y a des canons dont la protection est stipulée par le concordat, et est acquise, par conséquent, en vertu d'un traité, d'un contrat synallagmatique; il en est d'autres qui, comme les lois qui prohibent le divorce et commandent l'observation du dimanche, qui consacrent le célibat ecclésiastique, ont un intérêt tout à la fois religieux et social. Mais alors ce n'est pas uniquement à titre de prescriptions religieuses qu'ils sont protégés, mais à raison de leurs avantages pour la société. Ils ne sont plus protégés dans le sens seulement que chacun est libre de les suivre, mais en ce sens aussi que les personnes qu'ils concernent peuvent être contraintes de les exécuter. Sauf les exceptions, la protection générale des canons ne doit plus être aujourd'hui qu'une garantie de liberté. » (Note de Mgr Affre.)

<sup>2</sup> La distance à franchir pour opérer un rapprochement est plus grande aujourd'hui qu'elle n'était autrefois. M. Bathie rapporte, dans son *Traité de droit public et administratif*, t. II, n° 86, que le Conseil d'État a jugé que l'autorité ecclésiastique ne peut connaître de la validité d'un mariage sans usurper sur l'autorité judiciaire : « Voici, dit le savant auteur, les faits qui ont donné lieu à cette décision. — Une Italienne, Thérèse de Tore, mariée à un sieur Massa, se plaignit au pape de ce qu'elle n'avait été recherchée que dans des vues d'intérêt, et lui demanda de prononcer la nullité du mariage qui n'avait pas été consommé. Le pape commit l'évêque de Savone et trois ecclésiastiques pour entendre les témoins et préparer un rapport sur l'affaire. Mais un décret du 14 juin 1810 annula la procédure commencée par l'évêque de Savone comme abusive : « notamment en ce



Voilà un aperçu des difficultés qu'il faut résoudre pour concilier sérieusement dans la loi civile, au point de vue de la formation du lien, le mariage civil et le mariage religieux.

En attendant que la solution du problème ait été trouvée, ne cessons de répéter que le Code civil n'autorise pas le mari à exiger la cohabitation avant la bénédiction nuptiale.

Sans doute, le refus, par les tribunaux, des moyens de contrainte, et le jugement de séparation de corps, s'il y a lieu de le prononcer, ne sont que des palliatifs. Ils ne mettent pas fin au malheur de l'époux religieux, puisqu'ils ne le dégagent pas des liens du mariage, mais ils empêchent « l'oppression » et c'est l'essentiel.

M. Batbie voudrait faire plus en faveur de l'époux qui réclame la bénédiction religieuse. J'ai rendu hommage à la pensée libérale de mon savant collègue, mais je crois avoir

« que le pape y connaît de la validité d'un contrat sur lequel l'autorité civile doit seule prononcer. »

Les tribunaux civils statuent sur les questions de validité de mariage, abstraction faite des jugements rendus par les tribunaux ecclésiastiques. Un procès récent fournit une application de ce principe : la femme, après le mariage civil et la bénédiction nuptiale, se refusa obstinément à la cohabitation. — Le mari s'adressa, pour faire prononcer la nullité de ce mariage, d'une part à la cour de Rome, d'autre part à la justice française. — Un bref, rendu le 30 juin 1858, accueillit la demande en nullité, le mariage n'ayant pas été consommé. La Cour de cassation, au contraire, écarta définitivement la même demande, en rejetant le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Paris. (Req. rej. 9 février 1863; Devill. et Car., 1864, 1, 45.)

Voyez, sur la proposition faite en 1816 de rendre au clergé la tenue des registres de l'état civil, l'*Histoire de la Restauration* par M. de Viel-Castel, t. IV, p. 487, et les *Mémoires de M. Guizot*, t. I, p. 129; sur l'opposition que rencontra le concordat de 1817 dans l'opinion et dans la chambre, M. de Viel-Castel, t. VI, p. 180 et suiv., et t. VIII, p. 12 et suiv. — Compar. ce qui s'est passé en Belgique après le traité de Paris, *Répertoire de Merlin*, v° *État civil*, § 1. — Voy. sur la législation du mariage dans les divers États modernes, la concordance entre les Codes civils, par M. de Saint-Joseph, spécialement l'introduction, p. xiv. Le mariage est considéré par la loi « comme un contrat à la fois civil et religieux, dans la grande majorité des pays. » — On sait, toutefois, que le nouveau Code civil du royaume d'Italie considère le mariage comme contrat civil. D'après le *Moniteur* français du 11 février 1866, « une circulaire du ministre de la justice (en Italie), tout en proclamant la nécessité légale du mariage civil, établit que la célébration du sacrement peut indifféremment précéder ou suivre l'union des parties par-devant l'officier municipal. » (Corresp. de Florence du 8 février.)

prouvé que le moyen proposé n'atteindrait pas le but, ou qu'il soulèverait des conflits périlleux et dont la solution est encore à trouver. Il me paraît résulter, en outre, de ce qui précède, que les auteurs du Code Napoléon n'ont pas mérité le reproche d'avoir « cédé à une réaction extrême contre la puissance du « clergé <sup>1</sup>. »

La seconde modification que M. Batbie propose d'apporter à la loi du mariage, est relative au cas de condamnation de l'un des époux à une peine perpétuelle.

« Certes, dit mon honorable collègue, c'était une loi barbare que celle qui dissolvait le mariage du mort civilement, « séparait les époux qui voulaient rester unis, condamnait à la « bâtardise les enfants nés de cette admirable fidélité dans « l'infortune, en un mot, défendait à l'époux du condamné de « croire à l'innocence de son conjoint. Mais la loi nouvelle « (la loi du 31 mai 1854) a aussi son genre de cruauté : elle « force à rester unis des conjoints dont l'un est flétri et inspire « de l'horreur à l'autre. Le conjoint ne peut que demander la « séparation de corps, et, s'il est jeune, sa vie ne sera qu'un « long célibat. Au lieu de dissoudre le mariage, comme le faisait le Code Napoléon (art. 227 C. Nap.), au lieu de le « maintenir absolument, comme le fait la loi nouvelle, il aurait « été juste de permettre au conjoint du condamné de demander « la dissolution du mariage et de la faire prononcer en justice..... Telle que je la propose, la disposition ne serait pas un « cas de divorce, mais un cas de dissolution, avec cette particularité qu'au lieu d'être forcée, comme elle l'a été jusqu'à « 1854, la dissolution ne serait que facultative au gré du conjoint du condamné <sup>2</sup>. »

Je prétends, au contraire, que la disposition proposée introduirait dans la loi un cas de divorce, et qu'en conséquence, elle doit être rejetée par tous les partisans de l'indissolubilité du mariage. J'essayerai de prouver qu'une fois admis que la loi ne peut forcer « à rester unis des conjoints dont l'un est « flétri et inspire de l'horreur à l'autre, » il est logiquement impossible de s'en tenir à l'exception proposée, et qu'il faut permettre le divorce dans beaucoup d'autres cas.

<sup>1</sup> M. Batbie, *loc. cit.*, p. 129.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 131 et 132.

Préalablement, je soumettrai à mon honorable collègue une réflexion que me suggère le rapprochement des deux innovations demandées relativement au mariage.

La première, nous l'avons vu, a pour but de donner satisfaction à la liberté de conscience, de corriger la loi dans laquelle « la séparation de la religion et du civil a été faite d'une manière excessive. »

Je suppose ce premier vœu de M. Batbie réalisé. Les parties qui ont déclaré que leur intention était de s'unir religieusement, ne sont définitivement mariées que si la bénédiction nuptiale leur a été donnée.

La loi ainsi modifiée pourrait-elle, sans inconséquence, admettre, à l'égard de ces mêmes parties, la dissolution facultative qui est l'objet de la seconde proposition ?

Je ne le pense pas.

Le condamné contre lequel la dissolution aurait été prononcée, tout flétri qu'il serait par le crime et par la peine, n'aurait pas perdu le droit de se plaindre d'une loi qui violerait la justice en sa personne.

« Mon mariage, dirait-il, n'avait été définitivement contracté, du consentement de la loi, que devant l'autel ; donc, aux yeux mêmes de la loi, mon mariage avait été élevé à la dignité de sacrement ; le lien formé par le sacrement est indissoluble, donc la loi qui avait reconnu ce lien ne pouvait en autoriser la rupture, sans retirer d'une main ce qu'elle avait concédé de l'autre, sans violer un droit acquis, sans manquer à la justice. »

L'Église se plaindrait de l'inconséquence du législateur civil. Elle rappellerait au besoin que, suivant la remarque de Portalis, le divorce a été pros crit lorsque le ministre du sacrement est devenu aussi le ministre de la puissance civile parce qu'*il eût été absurde de le forcer à agir contre sa croyance.* (Discussion du titre du Divorce, Fenet, t. IX, p. 250.) — Or, dans l'espèce supposée, le ministre du sacrement aurait été l'un des ministres du mariage civil et religieux reconnu par la loi.

Mais, dira-t-on, la première proposition ne va jusqu'à absorber le mariage civil dans le sacrement ; le mariage religieux n'est qu'une condition de fait, dont l'accomplissement, tel quel, déclaré à l'officier de l'état civil dans les délais, achève le mariage civil. Celui-ci ne relève plus désormais que de la

loi civile, et peut être frappé par elle de dissolution! — Soit. — Mais alors, comme je l'ai déjà montré, la première réforme ne donnerait pas satisfaction à la conscience.

J'ai dit que la seconde proposition de M. Batbie introduirait dans la loi un cas de divorce.

Mon savant collègue prétend que « la disposition ne serait pas un cas de divorce, mais un cas de dissolution. » Il fait observer que l'ancien article 227 du Code Napoléon, qui dissolvait le mariage par la mort civile, a coexisté avec la loi du 8 mai 1816 qui avait aboli le divorce <sup>1</sup>.

Examinons :

On a toujours distingué entre les cas de nullité ou de *cassation* de mariage, comme on disait autrefois, et les cas de dissolution.

« Aucune puissance humaine ne peut casser un mariage, lorsqu'il a été valablement contracté ; car le lien du mariage étant formé par Dieu même, aucune puissance humaine ne peut le dissoudre : *quod Deus conjunxit, homo non separet*. — Mais, lorsqu'il y a contestation sur la validité d'un mariage, il appartient au juge de décider s'il a été valablement contracté, ou non ; et le jugement, par lequel le juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté, et qu'il est nul, est ce que nous appelons ici cassation de mariage. » (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 442.)

« Le mariage *ne se dissout* que par la mort *naturelle* de l'un des conjoints : tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble. » (Le même, *ibid.*, n° 462.)

Nos anciens, et c'est un triste legs qu'ils nous ont fait, avaient attaché la mort civile à certaines condamnations. Mais la fiction respectait la sainteté de l'union conjugale.

Le mariage n'était pas dissous quant au lien, il continuait de faire obstacle à un nouveau mariage ; il cessait seulement de produire des effets civils <sup>2</sup>.

Je reconnais que la mort civile était, dans le texte du Code, une cause de dissolution du mariage distincte du divorce. (Art. 227-3° du Code Napoléon.)

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 132.

<sup>2</sup> V. Merlin, *Répert.*, v° *Mariage*, sect. II, § 1, n° 6. — Junge Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 23.

Mais les auteurs de la loi ne s'étaient pas fait illusion sur le véritable caractère de la mort civile en ce qui concernait le mariage.

« Les causes *du divorce*, avaient-ils dit, doivent être des infractions manifestes du contrat. De là, nous n'admettons, pour causes légales, que *la mort civile*, qui imite la mort naturelle, et les crimes ou délits dont un époux peut se plaindre contre l'autre. » (*Discours préliminaire*, Fenet, T. I, p. 496.)

Dans le public, on ne s'y était pas non plus trompé.

M. Nougarié avait demandé qu'on effaçât du projet une disposition, dont la législation romaine, à l'époque même de sa plus grande corruption, n'avait offert, disait-il, aucun exemple, celle qui ne présentait plus le législateur *comme tolérant le divorce, qui le lui faisait ordonner et prononcer de plein droit, comme l'effet des peines d'où résulte la mort civile.* (*Lois du mariage et du divorce*, 2<sup>e</sup> édit., p. 415.)

Après l'abolition du divorce, un tribunal a jugé que la mort civile n'entraînait plus la dissolution du mariage. Le jugement a été infirmé<sup>1</sup>. Mais il doit être remarqué comme une preuve de l'analogie, qui a toujours été reconnue entre la dissolution par le divorce et la dissolution par la mort civile.

L'abbé Carrière n'hésitait pas à décider que, depuis 1816, la loi ne permettait plus à l'ex-conjoint du mort civilement de contracter un nouveau mariage<sup>2</sup>.

Plusieurs auteurs, qui n'allaient pas jusque-là, qualifiaient ce mariage d'adultère légal<sup>3</sup>.

Enfin, parmi les motifs de l'abolition de la mort civile, figurent, en première ligne, non pas seulement l'iniquité de la disposition qui imposait le divorce au conjoint du mort civilement, mais encore l'inconséquence du législateur qui avait aboli le divorce et qui en laissait subsister un cas sous un autre nom.

M. Demante avait signalé cette contradiction dans son beau

<sup>1</sup> Arrêt de la Cour de Toulouse, du 26 mai 1837 (affaire Delbals); Devill. et Car., 1837, II, 296.

<sup>2</sup> « .... Videtur saltem nullatenus admitti debere novum matrimonium a tempore quo abrogatum est divortium, ut merito observat Nougarié, C. 5, p. 376 et seq. .... Idem observat Hutteau d'Origny, *De l'état civil*, t. VII, c. 2, § 1, n° 9. » (*De matrim.*, n° 954.)

<sup>3</sup> Compar. M. Thieriet, *Rev. de législation*, t. XXVII, p. 165.

rapport à l'Assemblée nationale sur la proposition d'abolir la mort civile.

La même inconséquence n'a pas été relevée avec moins de force dans les travaux préparatoires de la loi de 1854. Je donne en note des extraits de l'exposé des motifs et du rapport pour prouver ce que je viens d'avancer et, aussi, pour constater que le gouvernement et la commission du Corps législatif se sont, à une époque encore récente, formellement prononcés contre l'institution du divorce <sup>1</sup>.

Ces précédents démontrent que le mot n'a jamais, en cette matière, fait illusion sur la chose.

Il en serait de la loi qui accueillerait la proposition de M. Batbie, comme il en a été des lois qui déclaraient le mariage dissous par la mort civile. Aux yeux de tous, la disposition nouvelle établirait, non pas un cas de dissolution analogue à la mort naturelle, mais un véritable cas de divorce.

Le sentiment public serait conforme à la nature des choses.

En effet, nul ne contestera qu'il y aurait divorce si la rupture du mariage était autorisée dans le cas de condamnation à une peine temporaire.

<sup>1</sup> Exposé des motifs de la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile : « La législation qui a gouverné la France pendant des siècles avait consacré la doctrine de l'indissolubilité du mariage, si éloquemment enseignée par la religion chrétienne et par la morale. Mais si une philosophie radicale et quelque peu sceptique a pu la méconnaître, cette philosophie n'a-t-elle pas fait son temps? N'est-ce pas ici le lieu de dire que si l'indissolubilité du lien conjugal produit quelquefois des malheurs privés, elle répand dans l'ordre social les préceptes les plus salutaires et les plus féconds? Oui, cette perpétuité de l'union légitime, de la puissance paternelle, du respect filial, c'est la famille honnête et vertueuse qui seule convient à une grande société (a)..... Hé bien, la mort civile ne fait pas de la dissolution du mariage seulement une faculté... » — Le rapport s'exprime ainsi : « Le mariage qui depuis la sécularisation n'était plus protégé par son association intime à la loi religieuse, mais qui aurait dû encore être sauvegardé par la loi naturelle, fut emporté par la logique (de la mort civile), » par cette logique qui consistait à dire : peut-on considérer comme père, comme époux, celui qui n'existe plus!

(a) J'ajouterai : qui seule convient à une société libérale. — M. Valette a dit excellemment : « ... On prétendait fonder le divorce sur le principe de la liberté (V. le préambule de la loi du 20 septembre 1792); grande erreur, si l'on entendait parler de la liberté politique, car celle-ci n'a de durée et de consistance que chez les nations douées d'une forte moralité. » (*Explication sommaire du livre I<sup>er</sup> du Code Napoléon*, p. 137.)

Eh bien, la perpétuité de la peine ne change pas la nature de la dissolution produite par le jugement, à moins qu'on ne prétende qu'il est de l'essence d'une peine perpétuelle de retrancher le condamné de la société générale, et, par suite, de mettre fin à la société particulière du mariage.

Mais ce serait la doctrine de la mort civile avec toutes ses iniquités, spécialement, avec celle de la dissolution forcée. Or, rien n'est plus loin de la pensée de mon honorable collègue.

Il faut donc en convenir : permettre à l'époux du condamné à une peine perpétuelle « de demander la dissolution du mariage et de la faire prononcer en justice, » c'est rétablir un cas de divorce.

La loi doit-elle faire cette exception au principe de l'indissolubilité ?

Qui, dit M. Batbie, parce qu'il est cruel « de forcer à rester « unis des conjoints dont l'un est flétri et inspire de l'horreur « à l'autre ; » parce que, dans l'état actuel de la législation, « le conjoint ne peut que demander la séparation de corps, et « que, s'il est jeune, sa vie ne sera qu'un long célibat. <sup>1</sup> »

On ne saurait contester la grandeur de telles infortunes; mais le législateur ne peut, pour les prévenir, sacrifier un principe de morale et de droit, le principe de l'indissolubilité.

Or, il sacrifierait ce principe s'il admettait la proposition de M. Batbie. Il le sacrifierait d'abord dans un cas, ce qui ne lui est pas permis ; et bientôt il ferait une faute encore plus grave, il rétablirait le titre entier du Divorce dans le Code Napoléon.

C'est ce que je vais essayer de démontrer.

Sans doute, la doctrine du divorce n'est pas populaire en

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 131. — Compar. M. Mourlon, *Répétitions écrites*, 2<sup>e</sup> édition, p. 128, note. Le savant auteur ne croit pas « que cette faculté du divorce soit un remède suffisant : beaucoup de femmes, soit par indifférence, soit par timidité, n'en useraient pas. Elle ne serait utile qu'à celles qui, pouvant le faire, ne craindraient pas d'entretenir de nouveau le public de l'infamie qui pèse sur l'homme dont elles portent le nom, sur le père de leurs enfants ; ce serait un scandale de plus ! » M. Mourlon ajoute : « On pourrait, ce me semble, proposer un autre système ; on pourrait dire : le mariage sera dissous, si la femme n'a pas, dans l'année, déclaré l'intention où elle est de rester engagée à son époux. »

France. On a constaté qu'en 1789, « à l'époque où la révolution qui s'était opérée dans les opinions et dans les mœurs se manifesta subitement par des actes, lorsque de toutes parts on réclamait avec empressement des innovations conformes à l'esprit du siècle, *pas un seul cahier* ne s'éleva contre l'indissolubilité du mariage et ne demanda le divorce <sup>1</sup>. »

Personne n'ignore l'accueil fait, en 1848, par une assemblée issue du suffrage universel, à la proposition de rétablir le divorce. Il aurait fallu, pour réussir dans l'entreprise, se passer du consentement de la France qui, cependant, avait bien quelque chose à y voir <sup>2</sup>.

Mais les avocats du divorce sont infatigables. Ils n'en sont plus à l'argument un peu frivole de Montaigne et de Montesquieu <sup>3</sup>; à la plaisanterie de Voltaire, plus piquante que dangereuse <sup>4</sup>; ils ne se contentent pas de faire appel, chez les hommes, à la justice et à l'intérêt bien entendu, de les avertir, ce qui doit flatter les femmes, que, s'ils leur refusent ce qui

<sup>1</sup> Rapport de Portalis, le second, à la chambre des pairs sur la proposition de rétablir le divorce, votée par la chambre des députés (1831-1832). Ce rapport se trouve, notamment, dans l'ouvrage de M. Moulin, intitulé : *Unité de législation civile en Europe*. M. Moulin, qui conclut au rétablissement du divorce en France, a reproduit, avec une grande impartialité, les documents qui peuvent être invoqués dans l'un et l'autre sens. — *Sunge* ce qui a été dit par M. Émery dans la discussion du titre du Divorce : « Cette séparation facultative (la séparation de corps) a été réclamée par la plupart des tribunaux; on peut assurer qu'elle est dans le vœu de la grande majorité du peuple français.... » (Fenet, t. IX, p. 300.)

<sup>2</sup> Compar., dans l'ouvrage précité de M. Moulin p. 154, la lettre adressée à l'auteur par M. Crémieux sur l'histoire de la proposition. «..... J'éprouvai alors, dit M. Crémieux, l'immense regret de n'avoir pas réclamé du gouvernement provisoire, pendant que nous avions le pouvoir législatif, un retour aux dispositions du Code civil, si malheureusement abrogées par la Restauration.... »

<sup>3</sup> « Nous avons pensé attacher plus fermement le nœud de nos mariages pour avoir osté tout moyen de les dissoudre; mais d'autant s'est dépris et relâché le nœud de la volonté et de l'affection que celui de la contrainte s'est estrecry. » (*Essais*, liv., II, ch. 15.) — Montesquieu développe la même idée dans les *Lettres persanes*, lettre xcvi.

<sup>4</sup> « Le divorce est probablement de la même date que le mariage. Je crois pourtant que le mariage est de quelques semaines plus ancien, c'est-à-dire qu'on se querella avec sa femme au bout de quinze jours, qu'on la battit au bout d'un mois, et qu'on s'en sépara après six semaines de cohabitation. » (*Dictionnaire philosophique*, v° Divorce.)



est juste, elles voudront ce qui ne l'est pas; qu'un refus inique déprave; qu'irritées par l'excès de leurs souffrances, elles s'en prendront, non pas aux abus du mariage, mais au mariage même, et que « voilà leur oreille ouverte à ces théories fatales qui leur prônent, non pas un divorce, mais vingt divorces successifs, c'est-à-dire l'abolition du mariage, c'est-à-dire la femme libre <sup>1</sup>. »

Les partisans du divorce insistent sur ce fait que toutes les législations modernes, sauf celles de la France, de l'Italie et de l'Espagne, admettent le divorce; ils demandent s'il n'est pas temps pour la France de rentrer, à cet égard, dans le concert européen <sup>2</sup>.

Les uns réclament le rétablissement, au moins temporaire, du divorce pour réformer les mœurs <sup>3</sup>.

Les autres le demandent au nom de la liberté qui doit régner dans la famille non moins que dans la société <sup>4</sup>.

Enfin, les partisans du divorce rappellent sans cesse l'origine de la loi de 1816, l'idée, si ce n'est la passion religieuse qui dominait alors le législateur <sup>5</sup>. Leur tâche est rendue facile, sur ce point, par la manière dont quelques adversaires du

<sup>1</sup> M. Legouvé, *Histoire morale des femmes*, liv. III, ch. 6, p. 238.

<sup>2</sup> Compar. M. Moulin, *loc. cit.*, p. 10 et suiv.

<sup>3</sup> M. Legouvé, *loc. cit.*, p. 232 : « Dans l'état actuel de notre société, la théorie absolue, sans exception, de l'indissolubilité ne ruine-t-elle pas le ménage mille fois plus que ne le ferait le divorce, enfermé dans des règles sévères? Pour qui interroge les faits, il n'y a point de doute. Qui crée parmi le peuple tant de bigamies de fait? l'indissolubilité. Qui fait que trois ouvriers sur huit ont deux ménages? l'indissolubilité..... »

<sup>4</sup> Voy., notamment, M. John-Stuart Mill, *la Liberté*, chap. 5, traduction de M. Dupont-White, p. 189 et 190. M. Mill convient, d'ailleurs, que si les obligations nées du mariage ne vont pas jusqu'à exiger l'accomplissement du contrat au prix du bonheur de la partie résistante, cette partie est tenue de peser ces obligations avant de se résoudre au divorce, qui peut tant affecter les intérêts d'autrui, et que, si elle n'accorde pas la considération voulue à ces intérêts, elle est moralement responsable des conséquences funestes.

<sup>5</sup> Le fait est incontestable, mais on oublie d'ajouter que le divorce n'était pas vu avec faveur par la grande majorité de la nation. « La seule (proposition sortie de l'initiative individuelle et débattue en comité secret), qui ne rencontra pas (en 1816) une opposition sérieuse, fut la proposition qui avait pour but l'abolition du divorce; sur ce point, l'Assemblée était unanime, et elle représentait, sinon l'unanimité, au moins le sentiment général de la France..... » (M. de Viel-Castel, t. IV, p. 486.)

divorce défendent encore aujourd'hui l'indissolubilité. Ils soutiennent que le mariage civil est, de sa nature, résoluble comme tous les autres contrats<sup>1</sup>, et que le dogme religieux est le fondement unique de l'indissolubilité. N'est-ce pas plaider la cause du divorce devant une société qui a conquis définitivement la liberté de conscience ?

On le voit, l'indissolubilité du mariage est vivement combattue. Les attaques dont ce principe est l'objet, ont même effrayé l'un de ses défenseurs les plus convaincus et les plus éloquents. M. Jules Simon avoue que l'interdiction complète et absolue du divorce peut très-difficilement être maintenue dans la loi, et que, suivant toutes les probabilités, elle n'y sera pas maintenue. (*La Liberté*, t. I, p. 348.)

Sans partager cette crainte, on doit prévoir que la lutte recommencera tôt ou tard devant le pouvoir législatif.

Le principe de l'indissolubilité triomphera, je ne le mets pas en doute, mais à la condition que ses défenseurs n'aient pas compromis ce principe par des concessions non moins imprudentes qu'illégitimes.

Ce serait, en premier lieu, compromettre le principe que de consentir à le discuter sur le terrain religieux. Les partisans du divorce ont leurs raisons pour attirer leurs adversaires sur ce terrain. Mais ils n'ont pas le droit de les contraindre à s'y retrancher.

Il est vrai que les auteurs du Code civil avaient admis le divorce comme une conséquence, à leurs yeux nécessaire, du principe de liberté de conscience<sup>2</sup>.

Mais la raison publique a fait depuis lors un grand progrès. Elle a compris que la question du divorce est essentiellement contenue dans la question civile et générale de savoir quels sont les meilleurs moyens d'assurer le règne des bonnes mœurs.

Cette vérité a été reconnue par des partisans mêmes du di-

<sup>1</sup> La doctrine et la jurisprudence décident que l'adoption est indissoluble. — Voy. MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 648, et les auteurs cités dans la note 7. — *Junge* l'arrêt de la Cour de Grenoble du 2 mars 1842 (affaire Fournier), Devill. et Car., 1843, 2, 171. — La doctrine et la jurisprudence se trompent, si un contrat civil ne peut pas être, comme tel, indissoluble!

<sup>2</sup> Compar. *le Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 491. — Voy. aussi Fenet, t. IX, p. 251.

verge dans un document dont on ne récusera pas l'autorité.

La Chambre des députés était saisie, en 1831, de la proposition de rétablir le divorce. La commission concluait au rétablissement. On sait que la Chambre a voté les conclusions de sa commission.

Le rapporteur, M. Odilon Barrot, s'était exprimé en ces termes : « Si dans le dogme religieux l'indissolubilité du mariage est consacrée comme la conséquence de l'intervention de la Divinité dans la formation du lien conjugal, cette indissolubilité peut, dans l'ordre purement civil, être aussi réclamée comme une garantie de la pureté du mariage, de sa durée et des heureux effets que la société en attend pour le bonheur, la sécurité et la force de l'État. Et qu'on ne dise pas, comme le portait le préambule de la loi de 1792, que toute idée d'indissolubilité et de perpétuité doit être repoussée de nos lois civiles comme contraire à la loi naturelle. La liberté naturelle ne saurait être distincte et indépendante de la sociabilité qui est aussi un des attributs de notre nature. Nous avons été créés libres et sociables, et c'est avec ces deux éléments, la liberté et la sociabilité, que nous pouvons accomplir cette noble mission de perfectionnement humain que nous avons à remplir dans ce monde. Ne séparons donc jamais, et moins en cette matière de mariage qu'en toute autre, les droits de la liberté, des conditions de la sociabilité. Toute la question se concentre donc, à nos yeux, en ce point : l'indissolubilité absolue du mariage exclusive de tout divorce pour quelque cause que ce soit, est-elle indispensable pour que le mariage produise tous les effets que la société a le droit d'en attendre, soit sous le rapport de la pureté des mœurs, soit sous celui de l'union et de la conservation des familles ? »

Après une pareille déclaration, il est facile aux partisans de l'indissolubilité de ne pas donner ou de ne pas laisser prendre contre eux, à leurs adversaires, l'arme irrésistible de la liberté de conscience.

La seconde concession qu'il ne faut pas faire, sous peine de succomber, c'est de souffrir qu'une exception au principe se glisse dans la loi, à la faveur de considérations d'humanité.

<sup>1</sup> Ce rapport se trouve dans l'ouvrage précité de M. Moulin, p. 87 et 88.

Qu'on suppose un moment que, sur la demande de M. Bathie, le législateur ait autorisé le conjoint de la personne frappée d'une peine perpétuelle, à faire prononcer la dissolution de son mariage.

Il serait reconnu que la loi ne peut forcer « à rester unis  
« des conjoints dont l'un est flétri et inspire de l'horreur à  
« l'autre. »

Comment refuser ensuite la dissolution à l'époux qui la demanderait pour condamnation de son conjoint à une peine temporaire, si le crime commis était de ceux qui, dans nos mœurs, attachent l'infamie au nom du condamné?

Est-il besoin de descendre même jusqu'aux auteurs de crimes punis de peines temporaires, pour rencontrer des repris de justice qui inspirent de l'horreur à leurs conjoints?

Que pense-t-on du supplice enduré par l'époux honnête, par le mari d'une voleuse ou d'une créature plus vile encore, par la femme d'un escroc, d'un voleur ou d'un misérable frappé d'une peine correctionnelle « pour avoir habituellement favorisé la débauche de la jeunesse? »

On peut certainement appliquer à ce mari ou à cette femme honnêtes les paroles, ambitieuses peut-être, mais fortes, de Treilhard : « Contraindre un époux de vivre avec un infâme, c'est renouveler le supplice d'un cadavre attaché à un corps vivant <sup>1</sup>. »

Si la loi n'autorise la dissolution que dans les cas de condamnation aux peines perpétuelles, elle aboutira aux contradictions les plus choquantes.

La femme d'un bandit condamné à vingt ans de travaux forcés ne pourra divorcer, et la femme d'un révolutionnaire condamné à la déportation obtiendra sa liberté!

Lequel des deux condamnés inspire à sa femme la plus grande horreur?

Suivons les conséquences de la maxime : « La loi ne peut  
« forcer à rester unis des époux dont l'un est flétri et inspire  
« de l'horreur à l'autre. »

La femme adultère est flétrie dans l'opinion, et sa faute pro-

<sup>1</sup> Fenet, t. IX, p. 478. — M. Boulay disait encore : « Cette cause de divorce doit être admise, sans doute, chez tous les peuples, mais surtout chez une nation dont l'honneur paraît être le sentiment spécial. » (*Ibid.*, p. 299.)

duit souvent, chez son mari, une horreur égale à celle qui résulterait d'une condamnation criminelle<sup>1</sup>.

Ne faudra-t-il pas, sous peine d'inconséquence, autoriser le divorce pour adultère ?

Mais, dira-t-on, il y a, dans le cas de condamnation à une peine *perpétuelle*, une raison particulière de dissolution que M. Batbie a indiquée. « Le conjoint ne peut (aujourd'hui) que « demander la séparation de corps, et, s'il est jeune, *sa vie ne sera qu'un long célibat.* »

On répondra : il est rare, quelle que soit la cause de la séparation de corps, que les époux se réunissent. Ne parlez point de la chance de réconciliation laissée aux époux. « Il n'y a pas un exemple de rapprochement sur cent séparations<sup>2</sup>. »

Nous voilà conduits fatalement, par la proposition, au divorce pour causes déterminées.

Les auteurs du projet de Code civil s'étaient arrêtés là. Ils avaient rejeté le divorce pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel. Mais le législateur n'a pu garder ce terme moyen.

Le tribunal de cassation admettait le principe du divorce ; il réclama en faveur des époux qui n'articulent pas une cause déterminée de divorce, mais qu'il faut croire « sur des malheurs que nulle preuve judiciaire ne constate et qui peuvent n'en être ni moins réels ni moins cuisants. » — Ne les privez pas, ajoutait un membre du tribunal, « du *droit du divorce*, qui doit s'appliquer surtout à ce genre d'infortune ; mais mettez-y un prix qui vous assure de leur sincérité<sup>3</sup>. »

Le premier consul dit à son tour : « Quand il y a réunion de

<sup>1</sup> L'aversion peut aller aussi jusqu'à l'horreur chez la femme trompée par son mari. « Les femmes, dit M<sup>me</sup> de Staël, pourraient adresser à l'époux qui traite légèrement leur destinée, ces deux vers d'une fable :

Oui, c'est un jeu pour vous,  
Mais c'est la mort pour nous.

« Et tant qu'il ne se fera pas dans les idées une révolution quelconque qui change l'opinion des hommes sur la constance que leur impose le lien du mariage, il y aura toujours guerre entre les deux sexes, guerre secrète, éternelle, rusée, perfide, et dont la moralité de tous les deux souffrira. » (*De l'Allemagne*, 3<sup>e</sup> partie, chap. 19.)

<sup>2</sup> M. Legouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 236.

<sup>3</sup> Observations du tribunal de cassation ; opinion de l'un de ses membres approuvée par la commission. (Fenet, t. II, p. 470 et 494.)

volontés pour le divorce, cela prouve que le mal est grand. Quel homme sera assez éloigné des mœurs de son pays pour attaquer sa femme en justice <sup>1</sup>? »

Il fallut donc arriver au divorce par consentement mutuel <sup>2</sup>.

En 1831, en 1833, en 1834, la Chambre des députés a voté le rétablissement du divorce et spécialement, du divorce par consentement mutuel. « Il est des cas, a-t-on dit, et ce sont les plus graves, où il est absolument impossible que l'époux dénonce à la justice les attentats dont il est victime <sup>3</sup>..... »

Telle est la conséquence nécessaire de l'idée que dans certaines circonstances l'un des époux a droit au divorce.

Si la loi reconnaît, sur la demande de M. Batbie, que la condamnation de l'un des époux à une peine perpétuelle donne à son conjoint le droit de faire prononcer la dissolution du mariage, il faudra bientôt, sur d'autres réclamations, rétablir le divorce par consentement mutuel. Seul, dira-t-on, ce mode de dissolution peut mettre fin, dans tous les mariages malheureux, à « cette force de douleur qui dépasse toutes les autres peines de ce monde. » Or, cette force de douleur donne droit au divorce !

Je ne suis point autorisé à comprendre mon savant collègue parmi les partisans du divorce. Ce n'est donc pas le lieu de re-

<sup>1</sup> *Mémoires de Thibaudeau*. Le premier consul ajoutait : « Vous ne voulez absolument que l'action devant les tribunaux, et moi je n'en veux que comme un moyen d'amener au consentement mutuel. Les femmes ont besoin d'être contenues dans ce temps-ci, et cela les contiendra. Elles vont où elles veulent; elles font ce qu'elles veulent; c'est comme cela dans toute la République. Ce qui n'est pas français, c'est de donner de l'autorité aux femmes! Elles en ont trop. Il y a plus de femmes qui outragent leurs maris, que de maris qui outragent leurs femmes. Il faut un frein aux femmes qui sont adultères pour des clinquants, des vers, Apollon, les muses, etc. » (Le passage est cité dans Fenet, t. IX, p. 254.) On remarquera le motif donné par le premier consul : « Les femmes ont besoin d'être contenues, et le divorce les contiendra. » Il n'a point échappé à cet œil perçant que le divorce tourne contre les femmes. C'est une suite naturelle de l'origine même de l'institution qui est née de la puissance tyrannique du mari sur sa femme. Compar. M. Troplong, *De l'esprit démocratique dans le Code civil*; *Revue de législation*, t. XXXII, p. 162.

<sup>2</sup> Art. 233 C. Nap. — *Junge* art. 305 : « Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la moitié des biens de chacun des époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage..... »

<sup>3</sup> Rapport de M. Odilon Barrot.

produire les raisons, tant de fois présentées, qui justifient, dans l'ordre philosophique et civil, l'indissolubilité du mariage.

Je rappellerai seulement, pour finir cette trop longue discussion, deux des motifs qui me paraissent militer contre la proposition de M. Batbie avec autant de force que contre des propositions plus larges de rétablissement du divorce.

Les époux, dont l'un a été condamné à une peine perpétuelle, peuvent avoir des enfants. Les devoirs envers les enfants sont rendus plus étroits, pour l'époux honnête, par le malheur même qui les prive de leur père ou de leur mère. Le divorce est incompatible avec l'accomplissement de ces devoirs<sup>1</sup>.

Le divorce n'est pas moins inconciliable avec le droit au pardon que conserve, sous la condition de mériter sa grâce, l'époux même le plus coupable.

La loi doit, comme elle le fait, permettre au conjoint du condamné de sauvegarder sa dignité en demandant la séparation de corps. Mais la loi méconnaîtrait la sainteté de l'union conjugale, si elle laissait le divorce et le nouveau mariage élever entre les époux une barrière infranchissable. Ce serait autoriser l'époux honnête à désespérer de l'amendement de son conjoint, à le dispenser du devoir de réparer complètement ses fautes, à lui ôter l'espoir de reprendre sa place dans la famille.

Si quelque jour, le condamné à une peine perpétuelle, contre lequel la dissolution du mariage aurait été prononcée, était touché par la vérité; s'il se purifiait par le repentir, par l'expiation, par de longues années d'une vie honnête; s'il obtenait sa grâce et sa réhabilitation; s'il rentrait dans le monde;

<sup>1</sup> « Il y a d'ailleurs une question qui domine tout, qui tranche tout. Dès qu'on a des enfants, on doit vivre pour eux, non pour soi. Comment cette femme à deux maris, à deux générations d'enfants, saura-t-elle reconnaître, classer et remplir ses devoirs de mère et d'épouse? — Qu'on ne dise pas qu'il y a analogie dans la position des enfants après la séparation de corps et après le divorce. Après la séparation, les enfants ont encore un père et une mère : l'époux remarié ne leur appartient plus. Qu'on ne cherche pas un exemple dans le père ou la mère qui se remarie après un veuvage, car il peut introduire avec lui ses enfants dans la nouvelle famille.... La seule raison qu'on puisse invoquer pour ajouter au droit de rompre une union (par la séparation de corps), celui d'en contracter une seconde, est une raison égoïste qui ne saurait effacer le devoir de père ou de mère. » (M. J. Simon, *loc. cit.*, p. 361, 362.)

s'il avait le droit de relever la tête, il pourrait y avoir un regard qui éviterait le sien, un cœur pour lequel son retour au bien serait une douleur, parce qu'il serait un remords! Ce regard, ce cœur seraient ceux mêmes de son conjoint remarié<sup>1</sup>!

Un ancien a su dire :

*Omnis amor magnus, sed aperte in conjugem major.*

La loi moderne peut bien dire : De tous les dévouements, le dévouement conjugal doit être le plus grand.

Cette loi n'est pas cruelle, elle est simplement morale.

A. DUVERGER.

*(La suite à une autre livraison.)*

## MODIFICATION

DES

### ARTICLES 5, 6 ET 7 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE,

Par M. Léopold THÉZARD,

avocat, professeur-agrégé à la Faculté de droit de Douai,  
chargé du cours de procédure civile et de législation criminelle.

Je viens soumettre aux lecteurs de la *Revue critique* de courtes observations sur un projet de loi actuellement soumis au Corps législatif, et portant particulièrement modification des articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle. Ces articles sont relatifs aux infractions commises en pays étranger.

1. Doit-on poursuivre dans un pays des faits commis dans un autre pays et constituant des infractions à la loi pénale de l'un ou de l'autre ou de tous les deux? La question examinée

<sup>1</sup> On objectera que l'amendement d'un grand criminel est un fait très-rare. — Je répondrai, avec mon honorable collègue : « Les moyennes ne font pas qu'une loi soit juste dans les cas particuliers. » (*Loc. cit.*, p. 130.)



en pure théorie a fait naître plusieurs opinions, qui s'affirment par deux systèmes extrêmes, et dans l'intervalle, par des systèmes éclectiques à divers degrés.

Dans un premier système, l'infraction commise en quelque pays que ce soit devrait être punie en France par nos tribunaux. Ce système prétend reposer sur la notion de justice absolue : le droit de punir donné à la société n'est pour elle que l'application d'un devoir, et ce devoir est de veiller à ce que chacun soit traité selon ses mérites. Dans cette théorie, le fait mauvais en soi doit être puni, lors même que la société n'y a pas d'intérêt; qu'importe dès lors le lieu où il a été commis? le crime est toujours crime, et dès qu'on tient le coupable, il faut lui appliquer le châtement.

Le système opposé est celui de la territorialité absolue de la loi pénale. Il fut soutenu spécialement par M. Treilhard dans la discussion du Code d'instruction criminelle; et il disait encore dans l'exposé des motifs : « La règle générale en cette matière est que le droit de poursuivre un crime n'appartient qu'au magistrat du territoire sur lequel il a été commis ou du territoire sur lequel le crime s'est prolongé. » Ce système peut argumenter des limites internationales de la juridiction des États : à chacun de surveiller ce qui se passe chez lui.

Ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes absolus ne peut passer en pratique. Le droit de punir est fondé sur l'*utilité* de celui qui punit, et il a pour condition la *justice* de la peine. Dans ces deux éléments on trouve la théorie entière de la loi pénale, et toute autre théorie repose sur des idées de pure convention.

Le système de la territorialité, appliqué à la lettre, mènerait à cette conséquence, qu'un individu pourrait à l'étranger comploter contre l'État, diriger des attaques destinées à éclater dans l'intérieur du pays, et ensuite rentrer impuni en France. Évidemment alors, l'agression directe formée contre l'État l'autorise à réprimer de telles tentatives.

Le système qui veut que l'infraction soit punie partout donne lieu à d'autres objections. L'intérêt de l'État, qui lui donne le droit de punir, existe-t-il toujours en présence de faits commis à l'étranger? L'ordre intérieur en est-il troublé? La plupart du temps, non. — D'autre part, les lois pénales sont variables selon les pays : tel fait réprimé ici ne l'est pas ailleurs; or, si l'auteur du fait est un étranger, on ne peut sans

injustices ni forcer une nation à appliquer des lois étrangères, ni frapper un étranger de peines inconnues dans le pays où il a vécu et où il a commis le fait. Enfin, de nombreuses difficultés de preuves peuvent entourer un fait ainsi commis en pays étranger.

Les systèmes suivis dans la pratique des législations modernes sont donc des systèmes éclectiques, mais penchant plus ou moins vers l'une des deux théories extrêmes.

Le système des articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, qui nous régit actuellement, se rapproche de la territorialité absolue.

Il commence néanmoins par mettre à part certains faits : les crimes attentatoires à la sûreté de l'État, ceux de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de billets de banque autorisés par la loi, peuvent être jugés et punis par les tribunaux français, soit qu'ils émanent d'ailleurs de Français ou d'étrangers, sous la condition toutefois, en ce qui concerne les étrangers, qu'ils aient été arrêtés en France ou que le gouvernement ait obtenu leur extradition (art. 5 et 6 C. d'instr. crim.). Les crimes placés sous l'empire de ces dispositions sont limitativement déterminés par le Code pénal (art. 75 à 101, 131, 133 et 139).

Mais pour les autres infractions commises à l'étranger, elles ne peuvent être punies en France qu'à six conditions : 1° qu'il s'agisse d'un fait qualifié crime par la loi ; 2° qu'il ait été commis par un Français ; 3° qu'il l'ait été contre un Français ; 4° que celui-ci ait rendu plainte ; 5° que le coupable soit de retour en France ; 6° qu'il n'ait pas subi de jugement en pays étranger. Tel est le résultat de l'article 7 du Code d'instruction criminelle.

Pour compléter le résumé de la législation actuelle, ajoutons deux observations. D'abord, toutes ces restrictions s'appliquent seulement aux poursuites devant les juridictions pénales, et non pas aux poursuites disciplinaires, comme l'a récemment décidé le conseil impérial de l'instruction publique. — En second lieu, l'article 7 du Code d'instruction criminelle n'a-t-il pas subi une dérogation dans l'article 2 de la loi du 27 février 1858, dite de *sûreté générale*? Aux termes de cet article, « est puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 100 francs à 2,000 francs tout individu

qui, dans le but de troubler la paix publique ou d'exciter à la haine ou au mépris du gouvernement de l'Empereur, a pratiqué des manœuvres ou entretenu des intelligences, soit à l'intérieur, soit à l'étranger. » Dans la discussion de la loi, on n'a ni résolu ni même posé la question de savoir s'il ne fallait pas dans tous les cas, conformément à l'article 7 du Code d'instruction criminelle, qu'un des éléments du délit fût commis en France, ou si au contraire on n'entendait pas faire échec à l'ancien principe.

2. Le système actuel du Code a été souvent critiqué comme n'ouvrant pas une assez large porte à la répression; et, suivant l'exemple donné par plusieurs législations étrangères, le gouvernement français a présenté à diverses reprises des projets de modification. On a blâmé l'une après l'autre les six restrictions imposées à la poursuite par l'article 7. — 1° Pourquoi, a-t-on dit, la restreindre aux crimes, et ne pas l'étendre aux délits, qui, sans avoir la même gravité, sont encore souvent des faits très-immoraux et très-dangereux? — 2° Pourquoi encore exiger que le coupable soit un Français? Est-ce donc à dire que, si un de nos compatriotes est victime hors du territoire d'un attentat commis par un étranger, le criminel pourra venir jouir de l'impunité en France même, tandis qu'un Français dans la même situation pourrait être poursuivi? Cette critique est spécieuse; mais c'est une de celles sur lesquelles on insiste le moins: il est difficile d'appliquer à l'étranger la loi française qu'il ne connaît pas et qu'il n'a jamais acceptée; d'ailleurs le gouvernement peut l'expulser arbitrairement et lui appliquer l'extradition; le scandale de sa présence en France doit donc cesser promptement. — 3° Pourquoi encore exiger que la victime soit un Français? Il y a là d'abord une partialité dont les étrangers peuvent se plaindre, et ensuite, c'est laisser impunis les délits qui ne blessent pas les particuliers, les délits contre la chose publique, s'ils ne rentrent pas d'ailleurs dans le cadre de l'article 5. — 4° On accepte généralement la condition d'une plainte ou de quelque chose d'équivalent, au moins pour les simples délits correctionnels qui blessent uniquement les particuliers; mais pour les crimes et aussi pour les délits contre la chose publique, on veut que l'ordre troublé réclame par lui-même et que le ministère public puisse agir d'office. — 5° On accepte encore la condition

du retour du Français en France, excepté si la chose publique est intéressée. — 6° Enfin on convient que la poursuite exercée en pays étranger épuise le droit d'action en France, en vertu de la règle *non bis in idem*, mais avec deux restrictions : s'il s'agit de délits contre la chose publique, on craint que la poursuite n'ait été illusoire, et l'on veut réserver le droit de la loi française. D'autre part, on n'accepte la poursuite en pays étranger comme suffisante que si elle a été suivie d'effet, c'est-à-dire si la peine a été subie ou prescrite.

Conformément à certaines de ces idées, un projet de loi voté en 1842 par la Chambre des députés, mais repoussé par la Chambre des pairs, modifiait l'article 7 du Code d'instruction criminelle dans les termes suivants :

« Tout Français qui se sera rendu coupable hors du territoire du royaume, soit contre un Français, soit contre un étranger, d'un fait qualifié crime ou délit, pourra à son retour en France y être poursuivi et jugé à la requête du ministère public, s'il n'a été jugé définitivement en pays étranger.

« A l'égard des délits commis hors du royaume par un Français contre un étranger, il ne pourra être dirigé de poursuites par le ministère public que dans les cas qui auront été déterminés entre la France et les nations étrangères par des conventions diplomatiques. »

En 1852, un autre projet de loi fut voté par le Corps législatif. Il était encore plus compréhensif; et en particulier il permettait de poursuivre en France même les crimes ou délits commis à l'étranger par des étrangers. Ce projet fut retiré par le gouvernement avant d'être soumis au Sénat.

3. Enfin, après de nouvelles études, le Corps législatif a été saisi d'un projet de loi, rapporté avec l'exposé des motifs dans *le Moniteur* des 21 et 23 mars 1865.

L'article 1<sup>er</sup> de ce projet remplace les articles 5, 6, 7 et 187 du Code d'instruction criminelle par des dispositions dont voici le résultat :

L'article 7 de ce nouveau projet, par sa combinaison avec l'article 5, arrive à reproduire à peu près exactement les anciens articles 5 et 6, quant aux crimes contre la sûreté de l'État et autres analogues.

Mais l'article 5, le plus important de tous, remplace de la façon suivante l'ancien article 7 :

« Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit puni par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France. — Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit commis contre un particulier français ou étranger, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger pour les mêmes faits, et qu'en cas de condamnation il a subi ou prescrit sa peine. — En cas de délit commis contre un particulier français ou étranger, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public; elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis. — En cas de crime ou de délit commis contre un particulier français ou étranger, aucune poursuite n'a lieu avant le retour de l'inculpé en France. »

L'article 6 du projet est relatif à la compétence.

Enfin le nouvel article 187 ajoute à l'ancien texte une disposition tout équitable : « L'opposition (aux jugements par défaut en matière correctionnelle) pourra être admise exceptionnellement jusqu'à l'expiration des délais de la prescription de la peine, si le condamné justifie en venant purger le défaut qu'au moment de la signification du jugement il était absent du territoire européen ou algérien de l'Empire. »

C'est dans l'article 5 modifié que se trouve l'innovation sur la question générale de la poursuite en France des crimes et délits commis à l'étranger. C'est donc de cet article seul que je vais m'occuper, pour en apprécier d'abord l'idée générale, puis quelques détails d'application.

4. Le nouvel article 5 a pour but de permettre à nos tribunaux de punir toutes les infractions à la loi française, commises par un Français en pays étranger, sous la seule exception des contraventions de simple police. La question est de savoir si l'intérêt social, nécessaire pour l'application de la loi pénale, est assez puissant pour autoriser cette disposition. En ce qui concerne les simples délits de police correctionnelle surtout, on peut le contester : ces délits ne troublent pas l'ordre d'une façon assez éclatante pour que le contre-coup en soit ressenti en France; quelquefois même ils constituent dans le pays où ils interviennent des faits indifférents, et la loi française est la seule à les considérer comme des délits. L'intérêt de l'État est

donc absent, et son droit de punir devrait s'arrêter. Tout au moins faudrait-il le restreindre aux délits dont la gravité les rapproche des crimes, comme le vol, l'escroquerie, l'excitation à la débauche. Mais un mince délit de presse, un acte de rébellion sans circonstances aggravantes, des coups et blessures par imprudence, commis par un Français à l'étranger, peuvent sembler insuffisants pour justifier une répression en dehors du territoire où les faits se sont passés.

En prenant la question de son vrai point de vue, quel préjudice la France a-t-elle éprouvé de l'application du Code actuel, qui la régit depuis bientôt soixante ans? Quel avantage retireront les citoyens de sa modification?

Ajoutez contre cette modification, et particulièrement à l'égard de ces faits ténus placés sur la limite de la criminalité, un grand danger : c'est la difficulté des preuves, c'est la possibilité d'une fausse appréciation de la part du juge français, qui n'aura aucune notion des mœurs du pays, des circonstances du fait, du milieu où il se sera accompli. La gravité de cette objection résulte d'une manière frappante d'un fait tout récent. Le gouvernement français vient de dénoncer à l'Angleterre un traité d'extradition remontant à plusieurs années. Pourquoi? Parce que la justice anglaise, avant d'accorder l'extradition d'un individu pour crime commis en France, prétendait forcer l'administration française à fournir un commencement de preuve suffisant pour motiver une mise en accusation. S'il est si difficile de faire passer de France en pays étranger une première lueur de vérité, lorsqu'il s'agit d'un crime éclatant, combien ne sera-t-il pas plus difficile de faire passer de l'étranger en France une vérité pleinement lumineuse sur un fait d'importance médiocre! Dira-t-on que la défense profitera du doute? Souvent ce sera la prévention qui en profitera : supposez, avec le projet, un délit allégué par un étranger contre un Français. L'étranger pourra choisir des preuves dans son pays, disposer de la sympathie de ses compatriotes. Le Français sera désarmé; il ne pourra ni chercher ses témoins ni relever des circonstances qu'une connaissance approfondie du pays lui eût seule indiquées. Quelles entraves pour les descentes sur les lieux, pour les expertises qui fournissent de si utiles lumières! En somme, l'étranger qui voudra satisfaire une rancune aura souvent intérêt à négliger la justice

de son pays, à attendre que le Français revienne en France, pour le livrer injustement à nos tribunaux. En vérité, de tels inconvénients peuvent bien balancer la prétention chevaleresque d'aller protéger les étrangers chez eux.

5. J'examine maintenant quelques détails du projet.

Son économie repose sur une distinction sous-entendue entre les délits *contre la chose publique* et les délits *contre les particuliers*. Cette distinction sert de base à la classification générale du Code pénal. Elle est, comme toutes les divisions artificielles, d'une grande commodité pour introduire de l'ordre dans une longue énumération. Mais le projet de loi actuel va plus loin; il en tire trois conséquences d'une importance capitale :

1° Pour poursuivre en France un délit contre les particuliers, commis à l'étranger, il faudra une plainte de l'offensé ou une dénonciation de l'autorité locale; s'agit-il d'un délit contre la chose publique (ou d'un crime en général), le parquet pourra agir d'office.

2° Pour crime ou délit contre un particulier, il faudra que la poursuite attende le retour de l'inculpé en France; pour un crime ou délit contre la chose publique, cette condition ne sera plus requise.

3° Pour un crime ou délit contre un particulier, l'inculpé échappe à la poursuite en France en justifiant qu'il a été jugé à l'étranger, et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine. S'agit-il d'un crime ou délit contre la chose publique, il aura été poursuivi, jugé, condamné, il aura subi sa peine à l'étranger, qu'il pourra encore être poursuivi en France.

Il faut donc voir si la distinction en délits contre la chose publique et délits contre les particuliers est en elle-même assez profonde, assez bien tranchée, pour qu'on puisse raisonnablement, et sans plus de détermination, en tirer de telles conséquences.

Cette distinction est scientifiquement détestable par elle-même; — dans la plupart de nos lois, elle est faite d'une façon arbitraire, ou n'est pas faite du tout; — enfin son application au cas spécial qui nous occupe suppose des sous-distinctions nécessaires, et dont pourtant il n'y a pas trace dans le projet de loi.

Elle est détestable *à priori*. Car par la force même des choses les deux termes de la distinction empiètent l'un sur l'autre. Tous les crimes et délits, quels qu'ils soient, portent atteinte à la chose publique. C'est parce qu'ils blessent la société tout entière qu'elle a le droit de les punir. Ceux mêmes qui atteignent plus directement un ou plusieurs particuliers déterminés, sont dangereux pour l'État. Un assassin, un voleur, un escroc, un proxénète de petites filles sont certainement aussi ennemis de la chose publique que l'ivrogne qui aura bousculé un sergent de ville ou injurié un garde champêtre; et l'on ne peut pas tolérer une loi qui a plus de ménagements pour les premiers que pour le second. D'un autre côté, les délits contre la chose publique portent aussi atteinte à des intérêts particuliers; bien plus, la chose publique n'étant que la collection des intérêts particuliers, ces derniers en sont blessés d'une façon plus ou moins directe.

Veut-on toucher du doigt le vice de la distinction, ou plutôt l'impossibilité de la faire? Prenons pour exemple l'avortement, et essayons de le classer. A première vue, est-ce un crime contre la chose publique? Quel partisan de la distinction oserait répondre affirmativement? Ce fait n'est pas plus contre la chose publique que ne sont l'infanticide et l'assassinat; son moins de gravité ne peut pas le signaler à une sévérité plus grande. Mais en ferons-nous un crime contre un particulier? Non plus; il s'adresse à un être où l'âme et la personnalité ne sont pas encore. Tous les cas de simple *tentative* d'un crime contre un particulier pourraient à la rigueur être traités par le même raisonnement; c'est le danger social, et non le préjudice particulier qu'atteint alors la loi pénale.

Si la distinction est impossible en raison, elle doit être faite arbitrairement dans les lois. Le Code pénal de 1810 contient, avons-nous dit, une classification fondée sur ce principe. Mais voyons à quels résultats il arrive en suivant des analogies superficielles. Il a classé parmi les délits contre la chose publique : les attentats à la liberté des individus de la part des fonctionnaires (art. 114-122), les faux en écritures publiques ou privées, de commerce ou de banque (145-152), les abus d'autorité contre les particuliers (184-187). Dans tous ces crimes et délits, il y a bien un particulier directement lésé; et spécialement pour le faux, ce crime n'est pas plus dirigé contre



la chose publique que la supposition de part ou le faux témoignage, qu'on retrouve cependant plus loin dans les crimes et délits contre les particuliers (art. 345, 361). Le caractère artificiel de la classification devient bien plus évident si l'on en considère la seconde branche, les crimes et délits contre les particuliers. On y trouve : l'avortement (317), l'outrage public à la pudeur (330), les infractions aux lois sur les inhumations (358-360), le faux témoignage en faveur de l'accusé (362), le fait d'avoir fait passer des ouvriers en pays étranger pour nuire à l'industrie française (417), d'avoir communiqué à l'étranger des secrets de fabrication appartenant à l'État (418), celui d'avoir opéré sur les marchés publics une baisse ou une hausse factice (419), d'avoir parié sur cette baisse ou cette hausse (421), etc., etc. — Les tribunaux devront-ils pour l'application de la loi nouvelle suivre aveuglément la classification légale? Ils s'exposeront à des erreurs évidentes. Leur donnera-t-on un pouvoir d'appréciation arbitraire? C'est dans la loi qu'on devrait trouver les bases de cette appréciation, si elle était possible : *Optima lex quæ minimum judici relinquit*.

Bien autre encore sera l'embarras quand on aura affaire aux lois spéciales qui ne font pas de classification pour les délits qu'elles prévoient. C'est ici que l'arbitraire du juge sera souverain.

6. Enfin, j'ai dit qu'en supposant la distinction possible et facile, elle supposerait des nuances bien délicates pour son application aux infractions commises à l'étranger. Délits contre la chose publique! Contre quelle chose publique, d'abord? Française ou étrangère? Française évidemment. Mais le projet de loi aurait dû le dire. Les tribunaux français, dira-t-on, ne seront pas assez malavisés pour punir un citoyen qui aura porté atteinte à la chose publique d'un pays étranger et quelquefois ennemi. Qui sait? Voici une hypothèse où ils seraient peut-être embarrassés. Un Français, une belle nuit, casse à Bruxelles ou à Liège des réverbères; la police arrive; il la bat. S'il eût été en France, point de difficulté; on lui eût appliqué les articles 212 et 257 du Code pénal. Mais il a cassé des réverbères belges et battu des agents belges. Sera-t-il innocent? Ou le ministère public dira-t-il que l'ordre est toujours l'ordre, que la solidarité des peuples leur impose le respect mutuel de leur police et de leurs réverbères? Se rabattra-t-on enfin sur

une prévention de coups et blessures simples et de destruction d'effets mobiliers appartenant à des particuliers (art. 311 et 479 C. pénal)? ce sera dénaturer la prévention et en changer les conditions de recevabilité. L'exposé des motifs du projet me semble se prêter en cette matière à une très-grande extension et à la solution la plus rigoureuse; quand il entend parler de délits contre la chose publique, ce sont les délits attentatoires à la sûreté ou au crédit de l'État. Il est certain qu'une fois donnée l'idée de l'État tuteur responsable des Français, idée sur laquelle repose le projet de loi, le Français qui commet les faits dont j'ai parlé ne fait pas précisément honneur à son pays et le discrédite un peu.

Examinons encore le délit d'excitation à la haine des citoyens les uns contre les autres : si l'on a excité seulement les étrangers à se détester mutuellement, on ne pourra pas sans doute être poursuivi en France. Mais si l'on a excité à l'étranger les Français les uns contre les autres, on sera poursuivi, bien que par hypothèse le délit ne se soit pas prolongé en France, et que par conséquent l'excitation n'ait pu aboutir. Mais que dire si l'on a excité à l'étranger les étrangers à détester les Français? Le cas sera plus grave en fait; mais il sera difficile de le poursuivre, à moins qu'on n'admette que l'extension internationale du délit amène une extension de sa qualification.

Autre observation. Il y a de nombreux délits contre la chose publique, qui sont des délits uniquement à raison de ce qu'ils se passent sur le territoire; la loi est alors forcément territoriale, bien qu'en dise le projet. Il y a des faits parfaitement indifférents en eux-mêmes; mais l'État, à cause de leurs conséquences possibles, éprouve le besoin de les surveiller; et dans ce but il les soumet à des conditions sans lesquelles ce sont des délits. Faites un journal politique, ouvrez un cours public, associez-vous au nombre de plus de vingt, tout cela dans le but le plus légitime : commettez-vous un délit? oui, si vous n'êtes pas autorisé. Faites le même journal, ouvrez le même cours, associez-vous au même nombre avec autorisation, vous êtes innocent. Écrivez dans un journal un article politique inoffensif en soi; ne le signez pas, il est coupable; signez-le, il devient innocent. Pourquoi tout cela? Uniquement pour faciliter la surveillance de l'autorité. Or cette surveillance

ne s'étend que sur le territoire, et nul n'osera soutenir qu'un tribunal français pourrait condamner un journaliste qui aurait écrit à l'étranger sur la politique sans autorisation et sans signature ; mais s'il ne le condamne pas, c'est que la raison sera plus forte que le texte de la loi nouvelle. La question d'ailleurs pourra paraître plus embarrassante à quelques-uns, si le fait est également délictueux dans le pays où il a été commis ; cependant la même solution s'impose ; car on ne peut appliquer ni la loi française qui en pareille matière est forcément territoriale, ni la loi étrangère qui n'a pas de force en France.

Cette classe de lois territoriales par la force même des choses, nous l'avons admise sans textes, et pour des hypothèses évidentes. Mais en arrivant aux limites nous trouvons encore des cas embarrassants, et une porte ouverte à l'arbitraire. Prenez le vagabondage, la mendicité, le port d'armes défendues. Ces faits ne causent en eux-mêmes aucun préjudice ; ils empêchent seulement la surveillance de l'autorité et créent un danger dans le lieu où ils sont commis. On peut donc dire que, commis à l'étranger, ils sont dangereux seulement pour la chose publique étrangère, et non pour la France. — Voyez encore l'outrage aux cultes reconnus. La reconnaissance d'un culte par la France n'est-elle pas territoriale ? La question de souveraineté locale n'entre-t-elle pas dans l'appréciation du délit ? Le délit en lui-même n'est-il pas moins grave quand il est commis dans un pays où il ne blesse aucune conviction ?

De toutes ces distinctions il n'y a pas trace dans le projet de loi.

Si elles sont impossibles à faire, je préfère le projet de 1843. Conforme en cela à plusieurs législations étrangères, et en particulier à la loi belge, il ne s'occupait pas des délits contre la chose publique. Il considérait avec raison qu'un délit contre la France, dès qu'il n'avait pas passé la frontière, n'avait pas une existence suffisamment caractérisée ; que c'était une tentative sans portée que le gouvernement était assez fort pour dédaigner ; les graves attentats prévus par les articles 75 à 101 du Code pénal étaient seuls exceptés, comme ils le sont par les articles 5 et 6 du Code d'instruction criminelle. A part ces cas, le législateur croyait devoir sa protection seulement aux intérêts particuliers directement atteints. La loi nouvelle, au contraire, protège moins énergiquement les inté-

rêts privés, lors même qu'ils sont en concours avec l'intérêt général, que le crédit de la puissance publique.

Avant de quitter les observations spéciales sur les délits contre la chose publique, je ne puis m'empêcher d'insister sur une conséquence déjà signalée du projet. Dès qu'il s'agit d'un délit contre la chose publique, la condamnation, et même la peine subie en pays étranger sont indifférentes. Il pourra donc arriver qu'un Français soit puni deux fois pour le même fait. Il aura, je le suppose, outragé la morale religieuse dans un livre : bien des peuples étrangers sont plus sévères que nous sur ce chapitre ; et après avoir été aux galères en Espagne, par exemple, le coupable ne sera pas sûr de ne pas trouver à son retour en France une condamnation à deux ans de prison qu'il lui faudra subir. En fait, le résultat ne se produira pas ; mais la loi qui l'autorise se condamne elle-même.

7. Pour les crimes et délits contre les particuliers, le projet de loi accorde aux tribunaux étrangers plus de confiance. La poursuite n'a pas lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger. Le projet n'ajoute pas : *ou si l'action a été prescrite* ; et en réalité il n'y avait pas besoin de le dire ; c'est l'application du droit commun ; et cette application, il faut l'étendre sans hésiter aux crimes et délits contre la chose publique. Sans hésiter également, nous dirons que cette prescription doit être réglée d'après la loi française et non d'après la loi étrangère ; c'est d'après la loi française qu'on appréciera la criminalité ; c'est d'après elle qu'on doit en régler les conséquences.

Cependant il peut bien se présenter quelques difficultés. Les actes d'instruction ou de poursuite faits à l'étranger seront-ils interruptifs de la prescription qu'on pourra invoquer en France ? Il me paraît difficile de donner cet effet à des actes émanés d'une juridiction étrangère ; et pour faire ressortir cette difficulté, il suffira de poser une hypothèse actuellement possible. Un étranger a commis un délit en France ; il rentre dans son pays, et il se trouve que la loi y permet de poursuivre le délit commis en France. On fait contre le coupable des actes d'instruction ou de poursuite à la fois en France et dans son pays. Avant d'avoir été jugé définitivement dans son pays, il repasse en France. il y est arrêté, et soulève un moyen de prescription. Pour savoir si cette prescription est accomplie,

à quel point de départ faudra-t-il s'attacher? Selon moi, il faudra s'attacher exclusivement aux actes de la juridiction française; les actes de la juridiction étrangère n'offrent pas pour nous le caractère de l'authenticité. Si l'on admet cette solution, il n'y a pas de raison sérieuse de la changer pour les délits commis à l'étranger.

Laissons ce point de côté, et supposons l'inculpé poursuivi devant les tribunaux étrangers, et acquitté; il pourra invoquer en France la règle *non bis in idem*. Mais qu'allons-nous dire du cas où il y aura eu, non pas acquittement faute de preuves, mais absolution parce que le fait n'était pas prévu par la loi pénale du pays étranger? Avec le texte du projet, nous dirons : Le Français a été jugé à l'étranger; une nouvelle poursuite est donc impossible. Bien frêle argument, si l'on considère l'esprit de la loi! Le coupable a été jugé; mais il ne devait pas l'être; la poursuite a été intentée sans raison. Et voyez la conséquence : je suppose un Français qui trompe à l'étranger sur la qualité de la marchandise vendue; ce n'est pas un délit dans ce pays; il n'est donc pas poursuivi sur les lieux; mais il revient en France, et on le condamne. Mais supposons un ministère public trop zélé (il peut y en avoir de tels chez certaines nations), qui croit voir là un délit reconnu par les lois du pays, escroquerie ou autre; il poursuit notre Français; mais le tribunal déclare qu'il s'agit d'une simple tromperie, et il absout. Appliquerons-nous le nouvel article 5? Voilà une poursuite nulle qui sera bien avantageuse à l'inculpé. Ou bien étendrons-nous à ce cas la pratique qui, après un acquittement en Cour d'assises, réserve les droits de la police correctionnelle? Ce sera bien difficile; il s'agit du même fait, matériel et intellectuel, et l'on ne saurait guère échapper à la règle *non bis in idem*.

Voici une autre hypothèse. Il s'agit d'un fait qualifié délit en France, simple contravention à l'étranger. Le Français est poursuivi à l'étranger, et condamné pour cette simple contravention; peut-on le poursuivre de nouveau en France? Cette fois, je crois sans hésiter que non : le texte de l'article 5 sera formel. Mais admirez la bizarrerie : ce Français se tire à bon marché d'un mauvais pas, pour avoir choisi un pays où le fait constituait une petite infraction. S'il eût choisi un pays où le fait eût été parfaitement innocent, et s'il n'eût pas été pour-

suivi, il devrait au retour essayer toutes les rigueurs de la loi française. Coupable envers sa loi nationale seulement, il sera puni plus fort que s'il avait manqué à la fois à sa loi nationale et à celle du pays qui lui donnait l'hospitalité.

Suivons la marche de la loi, et supposons une condamnation intervenue.

Si le condamné a subi ou prescrit sa peine, il ne pourra plus être inquiété. Mais que décider s'il est à l'abri de sa peine par un autre mode, s'il y a eu amnistie ou grâce? On sera en dehors du texte de l'article 5, ce me semble, et il pourra être poursuivi en France. Au lieu d'une grâce complète, supposons une commutation, procédé fort usité dans beaucoup de pays et en particulier dans les États pontificaux. La peine sera-t-elle réputée subie ou ne le sera-t-elle pas? Si oui, la commutation (si peu qu'elle laisse de la peine) sera plus avantageuse que la grâce. Si non, on ne pourra poursuivre le coupable en France qu'en lui tenant compte de la portion de peine subie. Ce que je dis d'une commutation, il faut le dire d'une évasion, qui aurait abrégé la durée de la peine après qu'elle aurait été partiellement subie.

La difficulté se complique si l'on s'occupe des peines privatives de droits. Quand et comment seront-elles réputées subies? Il faudra :

Ou bien donner effet en France aux condamnations privatives de droits prononcées par les tribunaux étrangers, c'est-à-dire appliquer en France les lois étrangères et admettre des systèmes d'incapacité quelquefois incompatibles avec notre constitution ;

Ou bien y substituer les incapacités prononcées par la loi française pour les mêmes délits, et alors on changera les conditions de la condamnation ;

Ou enfin n'appliquer ni les uns ni les autres; et ce sera, je crois, le parti le plus raisonnable.

La prescription de la peine peut, elle aussi, donner matière à une question grave. Est-ce la loi étrangère ou la loi française qu'on expliquera quant aux conditions de cette prescription? Faute de textes, je pense qu'on devrait appliquer la plus favorable des deux. Mais la plupart du temps, je pense aussi que la question manquera d'intérêt. Le Français qui aura été condamné à l'étranger, et qui n'aura pas subi sa peine, dira :

« Je n'excipe pas du jugement que j'ai subi ; j'invoque la prescription, non de *la peine*, mais de *l'action* ; il y a tant de temps que le délit a été commis ; il est vrai que depuis il est intervenu des actes de poursuite et une condamnation ; mais ces actes, passés à l'étranger, n'ont pu interrompre la prescription en France. » Comme la prescription de l'action est plus courte que celle de la peine, l'inculpé aura tout intérêt à tenir ce langage ; il ne sera peut-être pas tout à fait dans l'esprit du projet de loi ; mais il me paraît conforme aux principes.

8. J'ai signalé quelques-unes des difficultés que présenterait l'application de la loi proposée ; la pratique en révélera bien d'autres, à moins qu'elle ne révèle l'inutilité absolue de l'innovation. Nos lois pénales ont été faites sur la base de la territorialité ; on ne peut déplacer cette base sans ébranler une partie de l'édifice. La loi proposée n'est pas pratiquement nécessaire, et elle n'ajoute rien à la sécurité des citoyens ; je suis persuadé que les peuples mêmes qui ont introduit dans leurs Codes une disposition analogue n'en retirent que le luxe d'une satisfaction théorique, et qu'ils ont rarement à s'en servir d'une façon sérieuse ; peut-être y trouvent-ils seulement un moyen d'atteindre certains individus plutôt que certains délits. Mais on peut s'en reposer sur chaque peuple du soin de faire régner l'ordre dans l'intérieur de ses frontières, et l'extension de la civilisation, qu'on invoque en faveur du projet de loi, le rend d'autant plus inutile. J'ai donc l'espérance que le gouvernement le retirera, comme ont déjà été retirés les projets de 1842 et de 1852, sauf à en retenir la modification de l'article 187. Ce projet d'article, destiné à atténuer certaines conséquences des autres, peut néanmoins conserver une existence isolée, et il constituera une utile réforme.

LEOPOLD THÉZARD.

## BIBLIOGRAPHIE.

## LE PARLEMENT DE PARIS.

Par M. DESMAZE, conseiller à la Cour de Paris.  
2<sup>e</sup> édition. Paris, Cosse et Marchal, 1860, in-8°.

Le Parlement de Paris était un grand corps judiciaire qui comprenait dans son ressort un tiers de la France. Encore trouva-t-il que c'était peu. Il avait si bonne opinion de la justice qu'il rendait qu'il aurait voulu en étendre le bienfait à tout le royaume. Il ne vit pas sans déplaisir d'autres Parlements s'élever dans les provinces. Après avoir essayé de les subalterner, il continua de s'attribuer un rôle supérieur : il se considérait comme étant seul la Cour des pairs.

Les pouvoirs de nos anciens Parlements n'étaient pas renfermés dans ce qui forme aujourd'hui la sphère judiciaire. Ils tranchaient des questions douteuses par des arrêts d'une portée générale destinés à faire loi pour l'avenir. Ils faisaient des règlements sur la procédure à suivre devant eux. C'est ainsi que le Parlement de Paris arrêta, au XIV<sup>e</sup> siècle, un *Stile* resté célèbre.

La justice et l'administration avaient été longtemps confondues. Lorsqu'elles reçurent une organisation distincte, leurs limites ne furent point nettement tracées. Les Parlements conservèrent la police de leur ressort. Ce pouvoir de police fit naître des conflits sans fin. Les Parlements intervenaient quand quelque acte de l'administration leur paraissait mauvais, citaient les administrateurs devant eux, leur faisaient défense de continuer. Mais le gouvernement avait la ressource de la cassation, de l'évocation ; si bien qu'en définitive il restait maître : les Parlements ne pouvaient lui susciter que des embarras.

Les Parlements étaient enfin des corps politiques. Il s'était établi en règle que les ordonnances royales devaient être enregistrées par eux avant de s'exécuter dans chaque ressort. Les Parlements surent tirer de là un droit de remontrances qu'ils s'efforcèrent de transformer en un droit de *veto*.

Quelle était la constitution intérieure de ces grands corps ? La même pour tous, sauf les proportions. Nous trouvons une grand'chambre où les principales affaires se jugeaient sur plaidoirie ; une ou plusieurs chambres des enquêtes où se jugeaient



sur rapport les affaires instruites par écrit, ce qui était le mode de procéder habituel ; une ou plusieurs chambres des requêtes rendant une justice de première instance sur des affaires qui se portaient directement par privilège aux Parlements. Ajoutez enfin une chambre criminelle, qu'on nommait la *Tournelle* parce que seule elle se composait par voie de roulement. — Dans ces chambres siégeaient des conseillers ; la plupart laïcs, quelques-uns clercs ; au-dessus d'eux des présidents dits à mortier, à cause de leur énorme bonnet ; à la tête de tous un premier président. A côté de cette magistrature assise était le ministère public que des procureurs et avocats généraux représentaient devant les Parlements.

Tous ces magistrats, sans excepter ceux du parquet, étaient des officiers qui possédaient leur charge comme une propriété. La vénalité des offices de judicature n'eut pas ce résultat que le premier venu pût avec son argent se porter aux plus hautes fonctions. Il fallait être reçu par la compagnie, qui exerçait par ce moyen un pouvoir discrétionnaire sur son recrutement. On n'arrivait à la grand'chambre qu'après avoir passé par les autres. Quant aux charges de premier président, de procureur général, il fallait obtenir l'agrément personnel du roi, qui choisissait en réalité qui il voulait pour ces hauts offices, à la charge d'en payer le prix à qui il était dû.

Le traitement des magistrats consistait en gages et en épices. On parlait de l'idée que le magistrat ne se devait qu'à l'audience aux justiciables. Si donc la préparation d'un rapport lui imposait hors de l'audience un travail souvent très-long, les parties intéressées lui devaient une rétribution. Elle se fixait d'après les règlements intérieurs de chaque compagnie. Le traitement fixe, reçu de l'État, auquel on donnait le nom de gages, était fort médiocre, inférieur souvent à l'intérêt du prix qu'avait coûté l'office. Encore ces gages ne furent-ils pas toujours exactement payés. M. Desmazes a tiré des registres du Parlement de Paris des citations piquantes comme celles-ci : « Le Parlement cesse faute de gages. » Sur quoi le roi écrit « qu'il ne peut payer les gages de la Cour, et qu'il la prie de commencer le Parlement. »

On voit que les fonctions judiciaires ne pouvaient être recherchées pour le profit. Elles devinrent le patrimoine de familles chez lesquelles se transmettaient en même temps d'honorables traditions. La magistrature n'a point été enveloppée dans le mauvais renom qu'a laissé notre ancien régime. Il ne faudrait pas la juger d'après des notes qui paraissent avoir été adressées à Colbert sur sa demande par les inten-

dants, et que M. Desmaze a reproduites. Le personnel de chaque compagnie y est peint sous les couleurs les moins flatteuses : celui-ci n'aime que la chasse, celui-là le jeu, tel autre la débauche. L'un est gouverné par les dames, un autre n'a de liaison qu'avec la canaille. Il y en a qui sont appliqués aux affaires, mais après au sac, c'est-à-dire avides d'épices..... De qui ces notes sont-elles émanées ? d'administrateurs contre qui les magistrats avaient eu souvent à soutenir des luttes. L'un de ces intendants écrit à Colbert « qu'il a dit la vérité « sans passion ni chaleur contre ceux qui se déclarent en « toute occasion ses ennemis. » Voilà, malgré sa protestation, un témoin fort suspect. Quelle foi accorder à ces portraits satiriques quand on lit, au sujet de l'illustre président Lamignon, que « sous l'affectation d'une grande probité et d'une « grande intégrité, il cache une profonde ambition?..... »

Les traits que je viens de relever donnent une idée de ce qu'on trouvera d'intéressant dans l'ouvrage de M. le conseiller Desmaze. Il n'a pas entrepris d'écrire une histoire suivie du Parlement de Paris, mais de le faire connaître dans une série d'articles peu liés entre eux, mais qui touchent à tout. Magistrat instruit et laborieux, auteur de plusieurs autres publications du même genre, M. Desmaze a un goût particulier pour les recherches curieuses. Elles ont même quelquefois détourné sa vue de plus grands côtés que présentait son sujet ; mais le lecteur sera dédommagé par beaucoup de choses qu'on ne trouverait pas ailleurs.

L. DE VALROGER,

Professeur à la Faculté de droit.

### METTRAY. — COLONIE PÉNITENTIAIRE. — MAISON PATERNELLE.

Par L. BONNEVILLE DE MARSANGY, avocat à la Cour de Paris.

Paris, 1866; Plon, éditeur.

Il y a quelques mois, *le Moniteur*, à la suite d'un long rapport de M. Mathieu, annonçait que les jeunes détenus enfermés à la prison de la Roquette seraient transférés dans des colonies agricoles, conformément à la loi du 22 août 1850, qui jusqu'ici était restée sans exécution dans le département de la Seine.

Au moment où l'on semble ainsi vouloir décidément entrer dans la voie tracée par la loi de 1850, et développer chez nous le régime des colonies agricoles, les regards se portent naturellement sur la colonie de Mettray, qui dès 1837 a inauguré chez nous ce régime, et en est restée le type le plus parfait.

Le travail de M. Bonneville sur Mettray vient donc tout à fait

à propos. Après avoir exposé l'histoire et les bienfaits des colonies agricoles en général, M. Bonneville nous fait visiter Mettray dans tous ses détails. Il nous initie complètement à la vie de la colonie, et nous présente une série de tableaux pleins de charmes, auxquels il a su mêler des anecdotes touchantes agréablement racontées. Rien de plus attachant que cette lecture, rien qui puisse faire mieux comprendre les avantages et les bienfaits des colonies agricoles.

A côté de la colonie pénitentiaire, il'existe à Mettray un autre établissement plus récent et moins connu : c'est la *maison paternelle*. La loi a armé les pères et mères qui ont contre leurs enfants de graves sujets de mécontentement du droit de les faire détenir pendant un temps limité. Mais où les placer? Un père pouvait-il envoyer son fils en prison? Il fallait évidemment un établissement spécial. Tel est le but de la *maison paternelle*, fondée comme la colonie de Mettray par le dévouement éclairé d'un ancien magistrat, M. Demetz.

M. Bonneville nous fait très-bien connaître cette dernière fondation, qui, tout à fait distincte de la colonie pénitentiaire et n'ayant aucun point de contact avec elle, n'est au fond qu'un simple collège de répression. Il rappelle que tout récemment une pétition adressée au Sénat demandait précisément la fondation d'une maison paternelle pour les enfants de famille. Le Sénat passa à l'ordre du jour en déclarant que la maison paternelle de Mettray répondait entièrement au vœu exprimé par le pétitionnaire. Heureux les pères qui n'ont pas à user de pareilles rigueurs! Mais elles ne sont que trop souvent nécessaires, et il faut remercier M. Bonneville de nous faire connaître un établissement qui pour les enfants sera une utile menace, pour les pères une dernière ressource.

L. M. DE VALROGER,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

### COURS DE DROIT MARITIME. — AMENDEMENT DES LOIS NAUTIQUES.

Par M. CAUMONT, avocat au Havre. — Paris, Durand, in-8°.

M. Caumont, à qui l'on doit d'importantes publications sur le droit maritime, en expose depuis plusieurs années les principes dans un cours professé à l'hôtel de ville du Havre. La brochure que nous avons sous les yeux renferme l'analyse de l'enseignement de l'an dernier. Quoique ce ne soit qu'un résumé succinct, on y trouve esquissé, dans un ordre rationnel, non-seulement le droit civil maritime qui a ses règles dans le Code de commerce, mais encore le droit public administratif de la marine, qui repose sur une législation fort compliquée. M. Caumont ne se borne pas à l'exposition de ce qui existe : il cherche le mieux. Nous signalerons particulièrement ses vues sur une application du système des warrants à la pro-

priété maritime : il s'agissait de faire circuler les coupons de navires à l'instar des connaissements. M. Caumont insiste sur la nécessité de constituer le gage maritime. Il montre les inconvénients que présente l'usage de donner les navires en nantissement sous la forme d'une vente simulée, et il indique des procédés meilleurs. Il critique la législation sur les gens de mer, et formule un projet de loi sur ce sujet. Ce ne sont là que quelques-unes des vues de réforme qu'expose M. Caumont. Il est dans sa nature d'esprit de remuer beaucoup d'idées. A une connaissance approfondie du droit actuel, il joint cet amour du progrès et cet esprit d'invention qui préparent des améliorations pour l'avenir. L. M. DE V.

---

### DES ÉGLISES ET AUTRES ÉDIFICES DU CULTE CATHOLIQUE,

Par M. Ducrocq, professeur à la Faculté de droit de Poitiers.  
Paris, Cotillon, in-8°.

Dans cette brochure M. Ducrocq examine d'abord à quelle classe de biens ces édifices appartiennent. Leur affectation les range dans le domaine public, soit national, soit communal. M. Ducrocq réfute la prétention des fabriques à la propriété des églises rendues au culte en 1801. — Les édifices qui font ainsi partie du domaine public ne sont que ceux qui ont été affectés au service du public. Tels ne sont donc pas les oratoires privés, même les chapelles des collèges et des communautés religieuses. — M. Ducrocq combat enfin un système qui fait dépendre la domanialité du caractère monumental des édifices.

Ces principes posés, l'auteur en tire les conséquences : inaliénabilité, imprescriptibilité, point de complainte possessoire pour les tiers.

A qui appartiennent les actions relatives aux églises qui font partie du domaine public communal? A la commune? A la fabrique? M. Ducrocq prouve que c'est à toutes deux. Mais entre elles aussi se partage la charge des réparations, en ce sens que la fabrique doit y pourvoir tant qu'elle en a les moyens, et que la dépense retombe sur la commune en cas d'insuffisance des revenus de la fabrique.

Ce petit traité est la reproduction développée et savamment annotée d'une conférence faite à Angoulême devant un nombreux auditoire accouru pour entendre de nouveau une voix qu'il avait déjà applaudie l'an dernier. Nous avons signalé dans le temps la conférence que M. Ducrocq fit au même lieu sur la monnaie. Celle-ci est une nouvelle preuve de l'heureux don qu'il possède de semer de l'agrément sur les sujets les plus abstraits, sans que la solidité de la doctrine y perde rien.

L. M. DE V.

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## De la Jurisprudence en matière de saisie-arrêt.

Par M. ANCELOT, docteur en droit,  
président de chambre à la Cour impériale de Riom.

SECONDE ÉTUDE <sup>1</sup>.SUR LES CONDITIONS D'EFFICACITÉ DE L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE  
DE LA CRÉANCE SAISIE.

Après avoir essayé une discussion critique approfondie de la doctrine régnante qui consacre l'effet attributif du paiement de validité, nous rentrons dans le champ d'application de cette doctrine prise comme règle, pour résoudre, s'il se peut, les difficultés dont elle est le principe. Ces difficultés se présentent sous deux chefs dominants : 1° Quelles sont les conditions extrinsèques de l'efficacité, à l'encontre des tiers, de l'investiture prononcée par le jugement dont il s'agit? 2° Quelles sont les conditions intrinsèques ou substantielles de cette même efficacité? Cet ordre d'examen qui semble donner le pas à la forme sur le fond et blesser ainsi la logique générale, trouve sa justification dans la logique spéciale de la procédure en cette matière.

## I.

Et d'abord de quelles manifestations extérieures ou de quels compléments la décision qui valide une saisie-arrêt, a-t-elle besoin pour conférer ou tout au moins pour préparer la saisie que la jurisprudence y rattache? — Pour s'en rendre raison, il y a nécessité d'entrer par une analyse profonde dans le jeu, variable suivant les circonstances, de cette voie d'exécution, et les détails sont d'autant plus indispensables qu'il y a moins de netteté à ce sujet dans les commentaires.

Une distinction fondamentale résulte de l'article 568 du Code de procédure. Le saisissant est-il ou n'est-il pas armé *ab initio* d'un titre authentique? S'il en est armé, il pourra lier le tiers à sa poursuite avant d'avoir obtenu le jugement de validité. —

<sup>1</sup> V. première Étude dans la livraison de mai 1865.

S'il en est dépourvu, il lui faudra préalablement obtenir cette double sanction de la créance et du moyen de contrainte, et le résultat définitif sera retardé. Mais, dans l'un et l'autre cas, rien de plus simple à première vue que de réaliser le bénéfice du *transport judiciaire* admis par la jurisprudence et constamment assimilé par elle au *transport conventionnel*. Que si, en effet, on prend cette assimilation pour guide, il suffira d'appliquer l'article 1690 du Code Napoléon dans sa lettre et son esprit, en prescrivant la signification au tiers saisi du jugement de validité, et la date de cette signification deviendra celle de la saisine, laquelle pourra, du reste, également s'opérer par l'acceptation du sous-débiteur. Mais ce n'est là peut-être qu'une vue superficielle et trompeuse, puisque certains partisans de l'attribution judiciaire n'ont pu s'en contenter. Voici, en effet, comment Carré résoud la question (n° 1971 bis, Chauveau sur Carré).

« ... Ou le tiers saisi a été assigné<sup>1</sup> parce que le titre du « saisissant était authentique, et alors, si la saisie est déclarée « valable, le jugement ordonne en *même temps*, le dessaisissement au profit du saisissant, des deniers dont le tiers saisi « se déclarera débiteur, ou ce dernier n'a pas été assigné parce « que le saisissant *n'a pas* de titre authentique, et, au second « cas, le premier jugement se borne à juger la validité. Il est « signifié au tiers saisi qui fait sa déclaration, et il intervient « ensuite un *second* jugement qui ordonne le dessaisissement.

« ... Il est à considérer que toutes les formalités que l'article 1690 exige pour que le débiteur, qui est ici le tiers saisi, ait connaissance du transport conventionnel et soit tenu d'acquitter la créance au cessionnaire, se trouvent suppléées dans l'instance de saisie, soit par la dénonciation avec assignation au tiers saisi, soit, si cet acte n'a pas eu lieu, par la *signification* du jugement de validité : formalités qui remplacent la signification du transport exigée par le Code. — D'un *autre côté*, le jugement qui a déclaré la saisie valable et, en même temps, ordonné le dessaisissement, ou celui qui statue sur ce *dernier point*, dans le cas où la validité a été déclarée

<sup>1</sup> Ce texte porte *n'a pas été assigné* par l'effet d'une erreur typographique évidente que nous avons cru pouvoir rectifier.

« antérieurement, suppléent d'autorité de justice à l'*acceptation* « qu'exige l'article 1690. »

Il est manifeste pour qui lit avec attention ce passage, que l'auteur place le dessaisissement ou l'attribution judiciaire à deux moments différents de la procédure, suivant qu'elle dérive ou non, dans son principe, d'un titre authentique. — Si elle en dérive, comme le saisi et le tiers saisi auront pu être appelés l'un et l'autre devant la justice, un *seul* et même jugement validera la saisie et ordonnera le versement des deniers par le tiers aux mains du poursuivant. — Si elle n'en dérive pas, il faudra deux appels en justice et deux jugements consécutifs dont le premier validera, il est vrai, la saisie, mais dont le second seulement opérera, après la déclaration affirmative, le dessaisissement du débiteur et l'ensaisissement du créancier. — Mais, en outre, quelles seront les significations de jugements obligatoires? Carré n'en prévoit taxativement qu'une seule : celle de la décision qui valide la saisie-arrêt au cas où, faute d'un titre authentique, le tiers saisi devra être *postérieurement* mis en cause. Dans l'hypothèse contraire, il ne mentionne que la dénonciation avec assignation au tiers saisi, et passe entièrement sous silence la notification de l'*unique* jugement qui règle tout. Mais est-il, un instant, admissible que ce jugement qui, d'après l'auteur lui-même, produit le *dessaisissement* de l'obligé poursuivi, soit exécutoire *sans notification* contre le détenteur des deniers? Rien de plus contraire, soit aux principes généraux de l'*exécution forcée*, soit à l'identité des motifs de solution dans les deux hypothèses. Aussi n'est-ce pas sans étonnement que l'on voit M. Chauveau poser sans distinction aucune, au n° 1972 *bis* cette question : « Pour « que le jugement de validité produise les effets que nous lui « avons attribués (sous le n° 1971 *bis*), faut-il qu'il ait été « signifié au tiers saisi? » On est encore plus étonné de la réponse négative de l'éminent interprète, et l'on comprend sans peine que M. Dalloz (n° 451) lui ait attribué, par méprise, une réponse affirmative comme découlant par analogie de l'article 1690. M. Chauveau, du reste, après avoir maintenu cette opinion dans son *Formulaire* (p. 578, en note), s'est senti ébranlé devant les autorités opposées quand il a composé son *Supplément aux lois de la procédure* (n° 1972 *bis*), et y a conclu de la sorte : « De ce qui précède, il résulte que, si la signifi-

« cation au tiers saisi n'est pas doctrinalement indispensable, « il est prudent de la faire pour prévenir toute difficulté. » — Mais ne nous en tenons pas à ce demi-acquiescement, non plus qu'aux simples généralités qu'on vient de lire, et essayons d'en développer la portée.

L'illustre Proudhon, dans sa *Théorie de la subrogation judiciaire (Usufruit, n° 2236 et suiv.)* a, par occasion et comme spécialité du sujet, éclairé la saisie-arrêt des plus vives lumières dont nous avons déjà profité dans notre précédent article, tout en osant nous séparer de lui sur un point important. Plus il est favorable à l'attribution privative par suite du jugement de validité, plus nous sommes en droit d'invoquer ses enseignements. Or que voit-il dans l'instance en validité proprement dite? *Un débat entièrement étranger au tiers saisi*, en ce sens qu'il a pour objet essentiel de substituer le poursuivant à son débiteur créancier lui-même, sans que d'ailleurs la position du second obligé en soit modifiée. Tout se bornera pour lui à payer à Secundus au lieu de Primus ce qu'il sera *reconnu* devoir. Il y a donc ici deux ordres de rapports tout à fait distincts : l'un entre le saisissant et le saisi pour décréter la dépossession, l'autre entre le saisissant et le tiers saisi pour la réaliser en faisant déterminer, en présence du saisi, le *quantum* et l'exigibilité de la créance appréhendée. De là deux règlements corrélatifs à faire<sup>1</sup>. — Ils marcheront ensemble comme l'indiquent les articles 568 et 570, si le poursuivant est muni d'un titre authentique, et un seul jugement pourra tout vider. Ils marcheront séparément si ce titre lui manque, et deux jugements au moins seront nécessaires. Mais, pour échapper à tout vague, descendons ici dans les formules de l'œuvre judiciaire.

1° Un seul et même jugement fixe-t-il et le sort de la saisie et la position du tiers saisi mis en cause? Il aura deux parties bien distinctes dont la première prononcera la validité, et dont la seconde *ordonnera en conséquence le paiement entre les mains* du saisissant des sommes et valeurs dont le tiers saisi *s'est reconnu détenteur*<sup>2</sup>. Il y aura donc un *jussus* directement

<sup>1</sup> Rapprochez l'arrêt de la Cour suprême du 14 février 1854 (Daloz, 1854, 1, 53). — V. aussi M. Chauveau, *Supplément*, n° 1954 *ter*.

<sup>2</sup> V. Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 76 et 77, et *Formulaire* de M. Chauveau (n° 558, p. 575).



adressé à ce tiers, et qui sera évidemment le dernier mot de l'exécution forcée, c'est-à-dire la consommation même du *transport judiciaire*. C'est ce qui fait dire à Proudhon (n° 2257) :

« Le tiers saisi ne peut être tenu de vider ses mains qu'autant que le tribunal prononçant sur la saisie et *subrogeant* le créancier saisissant au lieu et place du débiteur, *ordonne* que la somme due à celui-ci sera payée à l'autre, etc. »

Mais cet ordre de la justice peut-il avoir vie extérieure sans être notifié au tiers délégué par elle? Le même jurisconsulte répond avec le bon sens et le pratique (n° 2271) :

« Les droits du créancier subrogé ne lui seront assurés qu'autant qu'il aura fait notifier sa subrogation au tiers possesseur. »

Et peu importe qu'ici la subrogation soit prononcée en présence du tiers délégué et tacitement acceptant; car la notification n'est pas seulement réclamée par l'article 1690, mais plus spécialement ici, puisqu'il s'agit d'une exécution de jugement, par les articles 147 et 148 du Code de procédure. Tout cela est d'une si transparente simplicité que nous en parlons uniquement pour préparer ce qui suit. Toutefois, nous signalerons parmi les décisions les plus récentes qui ont sanctionné cette application du droit commun, deux arrêts de la Cour suprême, des 1<sup>er</sup> août 1849 (D. P., 1, 286) et 5 août 1856 (D. P., 1, 336), ainsi que ceux des Cours de Montpellier, du 21 janvier 1839 (D. P., 2, 40), de Paris, du 20 mai 1858 (*J. du Pal.*, 1858, p. 854), et de Rouen, du 17 juillet suivant. Notons que la cassation du dernier, le 20 novembre 1860, procède d'un ordre d'idées tout autre que l'objet actuel de nos recherches (Dalloz, 1860, 1, 478, avec une note dans le même sens). — C'est à ces autorités que nous faisons allusion plus haut en parlant de la demi-capitulation de M. Chauveau.

Comme transition à la seconde branche de cette question, nous ferons remarquer que, si un litige s'élève au sujet de la déclaration du tiers saisi, il y aura dédoublement de l'instance, ou même translation de l'incident devant le juge de ce tiers (art. 570). Les deux points contentieux amèneront donc des décisions séparées comme dans la situation qui va nous occuper.

2° Le manque d'un titre authentique fera naître, en effet,

cette dualité de jugement. Qu'advient-il alors au point de vue de la saisine, et quand le tiers saisi sera-t-il étreint par un lien de droit au profit du poursuivant? C'est ici qu'il importe, avant toute induction, de suivre soigneusement l'opération dans sa marche, et d'en pénétrer l'esprit.

La partie saisie sera assignée non plus seulement en validité, mais, de plus, en *condamnation* au paiement de sa dette dont le titre est ou verbal ou privé. Cette assignation sera *dénoncée* au tiers saisi purement et simplement, c'est-à-dire sans appel en déclaration affirmative (art. 568). — Le jugement de validité, corrélatif à la demande, *condamnera* le saisi à l'acquittement de sa dette, *validera* l'opposition, puis « *ordonnera* « que les sommes dont le tiers saisi se *reconnaîtra* ou sera « *jugé* débiteur, seront par lui *versées* entre les mains du requérant <sup>1</sup>. » Rien donc encore de jugé quant au tiers; aucune intimation qui lui soit adressée puisqu'il n'a pu être mis en cause avant cette décision sur la validité. Une nouvelle action va se produire à son encontre pour qu'il ait à faire sa déclaration, et ce comme exécution du premier jugement. Par suite, second jugement qui l'ordonnera; signification de cet acte, contestations possibles sur son exactitude avec ou sans renvoi devant un autre for.

*Quid juris* pendant cette nouvelle phase de procédure? Le jugement de validité dénoncé au tiers saisi dans la demande de déclaration (formule n° 548) aura-t-il suffi pour sceller le transport judiciaire au profit du poursuivant, ou faudra-t-il encore un *dictum* de la justice qui enjoigne au tiers saisi de vider ses mains dans les siennes? Problème épineux qui met aux prises nombre d'éléments discordants et sur lequel la jurisprudence a hésité! Et, dans ce problème, témoignage frappant de la résistance, au moins apparente, du système de la loi à la limitation stricte et rapide du concours des droits sur le gage commun!

On pourrait même se demander, au point de vue législatif, s'il ne conviendrait pas, pour mieux ménager ce concours, d'attacher l'investiture, non pas au premier jugement qui prononce la validité entre le saisissant et le saisi seuls en cause d'abord, mais bien au dernier qui, après la déclaration du

V. Formulaire de M. Chauveau, n° 544 et 546.

tiers saisi, lui *enjoint* de verser les deniers aux mains du pour-suisant. C'est alors, en effet, seulement que l'œuvre de la dé-  
 possession se détermine et se complète. Tout ce qui a précédé  
 n'était, à vrai dire, qu'un premier acte du drame de l'exécution  
 forcée. Peut-on établir un parallélisme absolu entre une ces-  
 sion *volontaire* qui présuppose, en général, la réalité vérifiée  
 ou garantie de la créance cédée, et une expropriation véritable  
 dont l'objet contentieux s'évanouira peut-être après discus-  
 sion? Ce n'est pas d'une simple notification qu'il s'agit ici :  
 c'est d'un nouveau *dictum* de la justice, d'un exercice de son  
*imperium* par l'effet duquel le tiers se verra tout à la fois auto-  
 risé et *contraint* à payer au créancier judiciairement subrogé.  
 Celui-ci est sans doute protégé par la maxime *jura vigilantibus*  
*prosunt*. Mais les autres ne le sont-ils pas par le principe d'é-  
 galité dont l'article 2093 est l'expression? Si ce principe doit  
 fléchir devant le premier, pourquoi ne pas attendre que l'ini-  
 tiative du poursuivant ait produit tous ses fruits? Il y a là une  
 convenance si naturelle que Carré lui-même, dont on a perdu  
 de vue les précisions en invoquant son autorité, distingue (on  
 l'a déjà vu) nettement et à plusieurs reprises <sup>1</sup> les deux situa-  
 tions dont nous avons fait la base de notre travail. Joignons au  
 passage rapporté plus haut, ces deux traits qui les résumant :

« Le jugement qui ordonne le dessaisissement est, soit celui  
 « qui juge la saisie valable et ordonne *en même temps* que le  
 « tiers saisi qui aurait été assigné en déclaration <sup>2</sup> se dessai-  
 « sira entre les mains des saisissants, soit celui qui, dans le  
 « cas où l'assignation n'eût pas eu lieu, ordonne le dessaisis-  
 « sement *après* la déclaration faite par le tiers saisi, sur la  
 « notification du jugement qui déclare la saisie *valable*.....

« Une fois ce dessaisissement opéré, nous estimons que le  
 « jugement opère, dans l'intérêt du premier saisissant ou des  
 « saisissants antérieurs à la prononciation, un transport judi-  
 « ciaire de la créance....., dès que sans fraude il est *signifié* au  
 « débiteur ou accepté par lui. »

Dans sa conclusion, Carré dit encore : « Ce sont donc les  
 « seuls créanciers qui ont saisi *avant* le jugement, qui, d'après

<sup>1</sup> N° 1972 bis.

<sup>2</sup> Le texte porte : *qui n'aurait pas encore été assigné*. Mais c'est là un non-sens évident, comme nous l'avons déjà fait remarquer ci-dessus. Nous trouverons bientôt une autre méprise de ce genre.

« M. Pigeau, ont droit à la distribution. » Or, quelques lignes auparavant, il avait répété que ce jugement est celui qui est *intervenue sur la déclaration du tiers saisi*<sup>1</sup>. — Il est donc parfaitement clair que Carré exige dans le cas où il y a absence de titre authentique : 1° un jugement de validité n'opérant pas dessaisissement quoique *signifié* au tiers, 2° un jugement rendu sur la déclaration de ce tiers et opérant dessaisissement après signification aussi. — Enfin, il montre plus loin que cette opinion est fondée sur le système qui a présidé à la rédaction du titre, lequel tend à prendre un milieu entre le privilège conféré au premier saisissant par l'article 168 de la Coutume de Paris, et la faculté, usitée en Bretagne, de s'opposer *entre la bourse et le denier* jusqu'à la distribution. — Or est-ce bien prendre le milieu que de s'arrêter au jugement de validité dont l'obtention est très-prompte, au lieu d'aller, pour la fixation de la saisine, jusqu'à la décision finale?

Carré, d'ailleurs, n'entend pas faire œuvre de novateur; car il se couvre de l'autorité de Pigeau en lui empruntant deux passages dont le premier se rapporte à l'hypothèse où les trois parties sont simultanément en cause, et dont le second qui n'est pas explicite est appliqué par Carré au *jugement intervenue sur la déclaration* (avec tous les saisissants), jugement dont Pigeau (p. 69) caractérise très-bien l'effet par ces mots : *délivrance des deniers*, et qu'il signale (p. 180) comme marquant le point de départ du délai accordé par l'article 656 pour l'essai de distribution amiable.

Mais il y avait plus à faire que n'avait fait Carré pour appuyer son enseignement à cet égard, et c'est la jurisprudence qui s'est chargée de ce soin en scrutant la combinaison des articles 573 à 576. — Que s'en dégage-t-il, en effet, sous une analyse pratique? Ces deux premiers articles règlent la substance et la forme de la déclaration. Puis l'article 575 prévoit la *survenance de nouvelles saisies* et impose au tiers l'obligation de les *dénoncer* à l'avoué du premier saisissant, et l'article 576 revient aux suites de la déclaration. Il est évident que la survenance des nouvelles saisies est présumée *postérieure* à la déclaration et, *à fortiori*, au *jugement de validité* en exécution duquel elle a été faite. Aussi, nul ne le conteste<sup>2</sup>. Or si ce

<sup>1</sup> Mais l'adverbe *avant* est remplacé par *après*, qui n'a pas de sens.

<sup>2</sup> V. M. Chauveau, n° 1969.

jugement avait irrévocablement transporté la créance au premier saisissant, à quoi bon la dénonciation qui lui serait faite des nouvelles saisies impuissantes à concourir avec la sienne? Cette nécessité de dénonciation manifeste, ce semble, que le jugement en question ne lui a rien attribué d'une manière *exclusive*, et que l'opération doit se régler concurremment entre les poursuivants malgré l'avance du premier sur les autres. Nous aurons à voir si cette déduction est vraiment irrésistible; mais suivons-en d'abord les traces plus ou moins profondes dans la jurisprudence. — Elle a été mise très-vivement en lumière par un arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1836, dont nous détacherons quelques motifs <sup>1</sup> :

« Attendu que le jugement du..., qui a déclaré bonne et valable l'opposition de Forestier et ordonné que le tiers saisi lui payerait les sommes dont il pourrait être débiteur envers la partie saisie, n'a pas opéré de *saisine* en faveur du sieur Forestier; qu'il n'a fait qu'une simple indication de paiement puisqu'il n'a pas été rendu avec le tiers saisi et ne l'a pas condamné à payer. — Attendu que l'effet de ce jugement..... est subordonné aux droits des tiers, que cela résulte évidemment des articles 573 et 575, lesquels obligent le tiers saisi à énoncer dans sa déclaration affirmative les saisies-arrests ou oppositions formées en ses mains *jusqu'à la fin* de l'instance sur la validité de la déclaration. — Attendu que jusqu'au moment où le saisissant accepte les sommes dont le tiers saisi se reconnaît débiteur, ou jusqu'au jugement qui, en cas de difficultés sur la déclaration affirmative, statue sur la validité de cette déclaration, et condamne le tiers saisi à payer au saisissant, il n'y a point de *contrat formé*, et que les sommes arrêtées restent le gage de tous les créanciers du débiteur saisi, etc. »

Un autre arrêt de la Cour de Paris, du 11 novembre 1841 <sup>2</sup>, ajoute un dernier trait à l'argumentation en indiquant que, si le jugement de validité n'a pas été rendu *avec le tiers saisi*, « il est encore incertain que celui-ci soit débiteur de la partie saisie, et que, dans cet état, le saisissant ne peut avoir de

<sup>1</sup> V. le texte dans Dalloz, v° *Saisie-arrest*, n° 452.

<sup>2</sup> Entre cet arrêt et le précédent, il y en avait eu un troisième à la date du 24 juin 1836 (D. P., 1837, 2, 45). *Sic* encore un jugement du tribunal de la Seine, du 25 mars 1834.

« *droit exclusif* sur des sommes qui peuvent ne pas exister. »

Il faut remarquer, en outre, que plusieurs arrêts pris dans le camp de jurisprudence opposée semblent inspirés par la même pensée : par exemple, celui de la chambre des requêtes, du 28 février 1822, où rayonnent les deux noms d'Henrion de Pansey et Lasagni. Ce n'est pas qu'ils aient statué dans la situation où le jugement de validité précède la déclaration ; car, en fait, c'était l'inverse. Mais la spécialité de ces termes n'en est pas moins saillante dans ce motif :

« Attendu que l'effet du jugement du.... (celui qui réglait tout à la fois quant au saisi et quant au tiers saisi) a été d'obliger *directement* Gilles, tiers saisi, en faveur de Royannet, seul saisissant, de le forcer à lui payer les deniers saisis, et de dessaisir *par là*, de la propriété de ces deniers, Collet, débiteur. Que, dans ces circonstances, etc. »

Cet effet de droit peut se comprendre sans peine quand le tiers, se trouvant en cause, a été atteint *après* sa déclaration déjà faite d'une condamnation à vider ses mains ; mais on s'en rend bien moins compte quand il est demeuré en dehors du jugement de validité. Alors, en effet, il n'y a eu à son égard, dans ce jugement, qu'une prescription *indirecte* et éventuelle (V. *suprà*), tandis que la décision qui suivra la déclaration et clora la procédure, renfermera à son adresse une injonction *directe* et définitive de payer. Le dessaisissement sera donc accompli (V. n° 558 du *Formulaire* de M. Chauveau).

Cette injonction paraît encore avoir été le pivot de l'arrêt de Montpellier, du 21 janvier 1839 (D. P., 1839, 2, 40), et de ceux de la Cour suprême, des 1<sup>er</sup> août 1849 (1849, 1, 286) et 15 avril 1856 (D., 1856, 1, 252), surtout des deux derniers. Car la chambre civile dans l'un, la chambre des requêtes dans l'autre, relèvent tout particulièrement (comme les arrêts attaqués et maintenus) qu'il y avait eu, *outre* la validation de la saisie-arrêt, *injonction au tiers saisi* présent dans l'instance de payer au saisissant, ce qui avait engendré le *lien de droit* du transport judiciaire.

On pourrait encore étayer le système que nous exposons, sans l'apprécier encore, sur la nécessité généralement admise en doctrine et en jurisprudence, du *défaut profit joint* quand, le saisi et le tiers saisi étant simultanément en cause, l'un

d'eux ne comparait pas <sup>1</sup>. C'est donc à dire que, même quand la déclaration n'est pas contestée et malgré l'interdiction de toute procédure par l'article 576, le tiers saisi n'en est pas moins une véritable partie en cause; ce qui présuppose, paraît-il, que le jugement de validité ne suffirait pas pour lui imposer le paiement aux mains du poursuivant, et par suite pour opérer l'investiture de ce dernier. En effet, le tribunal de Vitré a déduit de l'opinion contraire (21 avril 1841, D. P., 1842, 3, 111) que « le jugement auquel le tiers saisi n'est point appelé n'en est pas moins exécutoire contre lui, d'après l'article 548 du Code, comme le mandement de collocation est exécutoire contre l'acquéreur qui n'a pas même été appelé à l'ordre, » assimilation qui est rejetée comme erronée et qui serait exacte cependant (toujours au cas de déclaration non contestée) s'il fallait mettre le transport judiciaire *absolument* sur la même ligne que le transport conventionnel; car la formation de ce dernier est indépendante de tout concours à l'acte du débiteur cédé, et son efficacité résulte d'une simple notification à celui-ci.

Il faut donc reconnaître que l'argumentation tirée des articles 573 à 576 est de nature à ébranler l'esprit, sinon à le convaincre. Aussi constituent-ils le point vital de la controverse. Il est intéressant de voir comment la doctrine régnante est parvenue à se dégager des épines de la question. *Hic opus et labor*.

M. Bédarride, qui l'a rencontrée sur son chemin en traitant des *faillites* <sup>2</sup>, s'en est tiré très-simplement. Il rappelle cependant que ce moyen et d'autres encore avaient été « développés, en 1822 <sup>3</sup>, avec un grand talent par l'éminent M. Nicod. » Mais quant à celui qui est déduit de l'article 575, « il est évident (à son sens) qu'il ne pouvait produire aucune impression. Car, ainsi que l'observe M. Carré, les nouvelles saisies sont si peu celles réalisées après l'instance, qu'elles doivent au contraire être notifiées à l'avoué du premier saisissant,

<sup>1</sup> V. Pigeau, t. II, p. 69. — Chauveau, n° 1961 bis. — Req., 29 décembre 1834 et 1<sup>er</sup> décembre 1862 (V. Dalloz, 1864, 1, 134, avec note relative à ce point).

<sup>2</sup> Tome III, p. 23 et 24, 4<sup>e</sup> édition, 1862.

<sup>3</sup> Sans doute, lors de l'arrêt précité du 28 février 1822 (V. les moyens du pourvoi).

« ce qui implique nécessairement la condition que l'instance  
« introduite par celui-ci soit encore existante. »

On surprend ici sans voiles la demi-vérité trompeuse qui n'est autre que l'erreur. — Assurément la notification dont il s'agit présuppose que tout n'est pas fixé quant à la première saisie. Voilà ce qui est réellement évident. Mais il ne l'est pas moins que cette même notification peut venir *après* un jugement de validité déjà signifié au tiers saisi avec assignation en déclaration, et même *après* cette déclaration. — Si donc ce jugement est l'équivalent d'un transport, l'investiture du premier poursuivant s'est accomplie, et dès lors pourquoi lui notifier des saisies ultérieures dont il n'a pas plus à s'occuper qu'à s'inquiéter? Tout n'est pas, il est vrai, fini même à son égard puisqu'il n'y a pas eu encore injonction au tiers de verser dans ses mains; mais ce n'est là, d'après la jurisprudence dominante, qu'un complément extrinsèque qui laisse entière la subrogation judiciaire ou plutôt la présuppose. M. Bédarride n'entre donc pas dans le problème : il glisse adroitement à sa surface en suivant la trace indécise de M. Carré, qui, du reste, vient lui-même au-devant de l'objection, sans la lever, quand il écrit à la fin de son explication : « Les nouvelles saisies sur-  
« venues dont parle l'article 575 n'ont d'effet utile qu'autant  
« qu'il n'y a pas, sur la première, *jugement de validité* portant  
« attribution des sommes saisies. »

Les arrêts ont été moins dédaigneux pour la difficulté, car ils ont fait plus d'efforts pour la résoudre. Témoin, par exemple, l'arrêt de cassation du 30 janvier 1842. Il argumente ainsi :

« .... Attendu que l'attribution est d'autant plus incontes-  
« table, que les jugements de validité étaient obligatoires pour  
« les tiers saisis eux-mêmes s'ils se reconnaissaient débiteurs,  
« *quoiqu'ils n'y eussent pas été parties*; puisque, aux termes  
« de l'article 576, il n'était besoin d'aucune autre procédure  
« avec ou contre eux, pour qu'ils pussent valablement se libé-  
« rer. — Attendu que les articles 573 et 575 ne pouvaient être  
« un obstacle à l'attribution exclusive au premier saisissant,  
« parce qu'ils ne trouvent une application que dans le cas de  
« concours de plusieurs saisies-arrêts *coexistantes avant le*  
« dessaisissement du débiteur saisi; cas où la même créance,  
« se trouvant en même temps arrêtée au profit de plusieurs  
« saisissants, ne peut être attribuée à l'un que sauf et sans pré-





ment déduite de la pratique. — D'une part, en effet, il se peut que la première saisie déjà validée n'absorbe pas la totalité du gage, et alors la dénonciation des nouvelles aura, bien qu'elles ne puissent entrer en concours, cette utilité de lier les divers saisissants dans un même jugement qui sanctionnera la priorité de l'un et la concurrence des autres après lui, qui pourra d'ailleurs avoir à trancher des questions de chose jugée (V. *infra*), de péremption faute d'exécution dans les six mois, etc. — D'une autre part, si la première saisie n'a pas été validée, le but de la dénonciation des suivantes est évident puisqu'il y a un concours à provoquer.

Un troisième arrêt, émané de la Cour de Paris le 20 mai 1858 (*J. du Palais*, 1858, p. 854), a également statué que le transport judiciaire ne dépendait nullement de la présence du tiers saisi au jugement de validité. Mais ici les articles 573 et 575 n'étaient pas en jeu; et le débat s'attaquait au cœur même de la question tranchée par le tribunal dans les termes suivants :

« Attendu que cette saisine n'a pu être arrêtée par la circonstance que le tiers saisi n'a pas été présent à l'instance, « l'attribution judiciaire faite par les jugements de validité « n'étant nullement subordonnée à la présence dans l'instance « du tiers saisi qui est toujours *désintéressé* dans le procès en « validité. »

La Cour de Paris, tout en adoptant ce motif, y ajoute, à propos d'un autre point, cette décomposition notable du jugement de validité rendu même en l'absence du tiers saisi :

« Que le jugement de validité contient deux dispositions « distinctes, l'une qui, en déclarant valable la saisie-arrêt, « dessaisit le créancier originaire et approprie le créancier « saisissant; l'autre qui, pour assurer l'*exécution* de cette attribution, ordonne que le tiers saisi se libérera entre les mains « du saisissant. »

Voilà terminée l'espèce d'information contradictoire que nous avons entreprise sur l'objet de la controverse. — D'un côté, le caractère incomplet du jugement qui valide en l'absence du tiers saisi; l'incertitude de sa déclaration et, par conséquent, de l'effet même de la poursuite; le système des dispositions de la loi qui semble imposer la concurrence des saisies survenues entre le premier jugement et celui qui sta-

tuera sur la déclaration du tiers. — De l'autre côté, une explication pratique des textes qui peut, jusqu'à un certain point, satisfaire, et un raisonnement analytique qui ne fait que tirer les conséquences du principe, une fois admis, de la dévolution exclusive. — Allons, en effet, au fond des choses sans nous laisser prendre aux formules. Dès qu'on pose comme prémisse (et nous sommes à ce point de vue dans cette seconde Étude) l'assimilation du jugement de validité opérant transport à un acte de cession volontaire, qu'y a-t-il de plus à demander pour que l'investiture soit pleinement accomplie? Rien autre (sauf la question de chose jugée qui nous occupera bientôt) qu'une signification du jugement, soit au saisi, soit au tiers saisi, corrélativement à celle qu'exige l'article 1690. Nous avons, du reste, déjà fait remarquer qu'elle est aussi commandée par les articles 147 et 148 du Code de procédure. *Idem non esse aut non significari*. Mais pourquoi subordonnerait-on l'investiture à l'émission du jugement rendu sur la déclaration du tiers? Ce n'est là, comme le dit très-bien la Cour de Paris, qu'affaire d'*exécution* de l'attribution judiciaire déjà effectuée; car cette réalisation même est, d'après l'article 568, la condition *sine qua non* de la contrainte qui forcera le tiers à dire ce qu'il doit et à le verser aux mains du saisissant. Il est vrai que c'est la seconde décision qui seule *ordonne directement* au tiers de payer au poursuivant. Mais cet appareil de procédure n'est qu'un résultat inévitable et *secondaire* de la nécessité de fixer le *quantum* de la créance prise pour gage, à la différence du cas de cession où c'est généralement le titre transmis qui la fixe. Les arrêts qui ont retardé l'investiture jusqu'au jugement rendu contre le tiers se sont donc mépris sur le véritable caractère de ce jugement. Ils ont fait prévaloir, à leur insu, la forme matérielle sur l'esprit vital de l'opération. — Pour nous, qui avons d'abord combattu la doctrine aujourd'hui dominante, nous croirions chicaner avec elle si nous lui refusions un des effets qu'elle porte virtuellement dans son sein, et nous ne nous y serions décidé que devant une impossibilité absolue qui n'existe pas, d'adapter au texte de la loi cette interprétation toute juridique.

Cette exposition de principes va réfléchir naturellement sa lumière sur les modalités spéciales qui peuvent diversifier le transport judiciaire que nous étudions.

1° Il est des conjonctures où une simplification se présente d'elle-même. — Si, par exemple, il y a liquidité parfaite du *quantum* des deniers qui sont aux mains du tiers saisi, et que toutes les parties (comme le suppose M. Chauveau, n° 1956 *septies*) soient d'*accord* à ce sujet, à quoi bon la superfétation d'une demande judiciaire de déclaration? Ne suffira-t-il pas alors que le jugement de validité qui renferme la saisine soit signifié au sous-débiteur pour serrer le nœud du transport? Évidemment oui, puisque les formalités ultérieures n'auraient d'autre but qu'une *exécution* qui se trouve faite d'avance par un acte commun. C'est ce qu'a décidé la Cour de Douai dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 1851, qui a d'ailleurs émis une solution très-hardie en déniaut le caractère d'ajournement à l'appel en déclaration<sup>1</sup>.

2° L'accord des parties peut encore produire un autre effet bien plus notable, c'est de faire naître la saisine *avant* le jugement de validité, au moyen d'une simple ordonnance de référé prescrivant le dépôt à la caisse des consignations d'une somme spécialement *affectée* à la créance du saisissant, dont le chiffre sera déterminé plus tard. Cette ordonnance, en effet, « en constatant le consentement respectif des parties, équivaut à « une délégation par les voies ordinaires, » laquelle pouvait librement se produire avant que d'autres oppositions rivales eussent paru. Nous venons d'emprunter en partie les termes d'un arrêt bien motivé de la Cour de Paris du 23 juin 1841 (*Rép. de Dalloz*, n° 437). — La justice ne fait pour ainsi dire, en pareil cas, qu'authentifier et sanctionner la saisine conditionnellement attribuée par la volonté du saisi. — Il convient de rapprocher de cette décision la pratique parisienne que nous avons signalée à la fin de notre premier article, en expliquant son utilité.

3° Un nouvel aspect se montre maintenant. Ce n'est plus l'accord des parties qui est en action : c'est la seule initiative du poursuivant, et il s'agit de savoir s'il peut, mettant à l'écart l'appareil compliqué de la saisie-arrêt, et marchant droit à son but qui est la *subrogation judiciaire*, l'obtenir sur un simple appel de son débiteur en justice. M. Chauveau

<sup>1</sup> V. les observations de M. Chauveau sur cet arrêt au *Journal des avoués* (1851, p. 578).

(n 1939 *ter*) n'en fait aucun doute et soutient cette opinion avec une dialectique pressante. M. Bioche (n° 130) n'hésite pas davantage, et tous les deux invoquent, en ce sens, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 mars 1838, d'après lequel il appartient à un tribunal de statuer que son dispositif *tiendra lieu d'opposition* pour affecter une créance de la partie qui succombe aux condamnations prononcées contre elle; de telle sorte qu'il y aura *dispense* de suivre la procédure de saisie-arrêt, et qu'il suffira de notifier le jugement au dépositaire des deniers. — Cette décision n'a rien, ce semble, qui ne découle directement du principe de la saisine en cette matière. Qu'est-ce qui engendre, en effet, cette saisine? C'est évidemment le *dictum* du juge validant la saisie. Mais cette validation n'est pas autre chose qu'une *subrogation judiciaire* obtenue comme conséquence de l'article 1166. Or cette subrogation ne présuppose pas nécessairement un acte d'opposition antérieure aux mains du tiers saisi; car l'opposition n'a d'autre utilité que d'immobiliser les deniers (art. 1242). Si elle manque, tous les paiements faits jusque-là par le tiers seront valables. Mais, du jour où le poursuivant, après avoir fait déclarer par la justice sa substitution au saisi mis en cause, aura *notifié* cette substitution au tiers débiteur, les deniers seront irrévocablement attribués au premier, comme ils le seraient au cas de l'article 1690. Nous ne voyons pas quel grief cette solution pourrait faire à l'obligé pas plus qu'à la logique du droit. — Est-il vrai que la haute autorité de Proudhon soit contraire à cet expédient comme le craint M. Chauveau? Nullement suivant nous ou plutôt suivant lui-même. En effet, si (n° 2255) il sépare en deux groupes distincts les actions susceptibles de saisie-arrêt et celles qui lui échappent par leur nature ou leur objet, il arrive ainsi à conclure, non pas que la subrogation judiciaire directe dont il s'agit ne puisse remplacer comme diminutif la saisie-arrêt, mais uniquement que celle-ci ne saurait envelopper, par exemple, des *actions rescindantes ou rescisoires*, etc. Il n'y a donc pas réciprocité dans les exclusions qu'il établit. Et d'ailleurs, pour mieux entrer dans sa pensée, il n'y a qu'à interroger son profond exposé de la théorie des subrogations de ce genre. Au n° 2242, il nous montre l'*autorité compétente stipulant pour le débiteur dans l'adjudication de ses droits à son créancier*. — Voilà donc l'assimilation au

transport conventionnel. — Puis, au n° 2253, il enseigne « que  
 « la demande en saisie-arrêt de ce qui est dû à notre débiteur  
 « n'est autre chose qu'une *demande en subrogation* que nous  
 « formons en justice pour être *autorisés à toucher en son lieu*  
 « *et place* le remboursement que lui doit le tiers débiteur.  
 « L'une et l'autre de ces deux procédures reposent sur le  
 « même fondement, et ne diffèrent que dans quelques points  
 « de forme qui ne peuvent être les mêmes, par rapport à la  
 « nature différente qu'on est forcé de reconnaître dans les  
 « choses sur lesquelles elles portent. » La saisie-arrêt n'est  
 donc qu'une espèce dans le genre : espèce pourvue de moyens  
 d'action *préventive* à l'avantage desquels on peut renoncer  
 pour se tenir dans le simple usage du genre. C'est évidemment  
 ainsi qu'il faut entendre la dernière énonciation du passage  
 de l'éminent interprète. Elle n'est donc pas plus absolue que  
 le n° 2255. — Nous n'avons pas besoin d'ajouter ce que chacun  
 s'est déjà dit à lui-même de la simplification précieuse qui  
 résulte en pratique du procédé en question.

## II.

Nous sortons des arides détails où nous ont entraîné les conditions extrinsèques du transport judiciaire admis par la jurisprudence, pour arriver à un point de vue plus net et plus saillant.

Étant présumé toujours que le jugement qui valide la saisie-arrêt produise investiture, il reste à déterminer l'influence de la faculté et du délai d'appel, tant sur cette investiture même que sur la condition légale du tiers débiteur des deniers adjugés au saisissant.

Il semble tout d'abord que la première branche de cette question soit dépourvue d'intérêt doctrinal. Qu'enseignent, en effet, les principes généraux à ce sujet? Que tout jugement infirmé est réputé non avenu; que tout jugement confirmé *remonte, quant à ses effets*, suivant l'énergique expression de l'art. 1445 du Code Napoléon, non pas seulement à sa propre date, mais *au jour de la demande* où, par une fiction aussi rationnelle qu'équitable, il est censé avoir été rendu. Telle est bien la règle nécessaire des rapports créés par le jugement entre le plaideur qui l'a obtenu et celui qui le subit. Mais est-elle également

inviolable quand viennent s'interposer dans ces rapports un droit et un intérêt *externes* à concourir dans le bénéfice de la décision? La rétroaction de la sentence *ab initio* est-elle alors aussi naturelle et juste? Peut-on faire abstraction, à l'égard des tiers, de cet intervalle de temps où soit le recours déjà formé contre un jugement qui en était passible, soit la possibilité d'en user, ont tenu en suspens la certitude et l'efficacité de ce jugement? Ne conviendrait-il pas que le concours des tiers demeurât ouvert tant que tout est encore en problème? Une conception abstraite (car toute fiction en est une) peut-elle agir, en pareil cas, à l'égal d'une réalité vivante et efficiente? — Ces raisons, au moins spécieuses, n'ont pas trouvé faveur auprès de la généralité des interprètes qui s'attachent à la rigueur du principe énoncé plus haut <sup>1</sup>. M. Chauveau se sépare, il est vrai, de l'opinion dominante à propos des jugements par défaut frappés d'opposition en ce qu'il tient cette opposition pour destructive de leur existence, et par conséquent de tout obstacle à de nouvelles mainmises de la part d'autres poursuivants. Mais cette particularité tient uniquement aux idées toutes personnelles de M. Chauveau sur les effets de l'opposition après défaut <sup>2</sup>, et ne change rien à la substance de sa doctrine sur le point qui nous occupe. La jurisprudence, au contraire, qui obéit toujours plus que la théorie à l'impression bonne ou mauvaise des résultats d'un principe absolu, s'est, depuis longtemps déjà, sentie pencher vers un tempérament, juridique d'ailleurs et non de pure grâce, qui retarderait jusqu'au dernier terme possible la consommation de l'investiture du premier saisissant. On le voit poindre déjà dans l'arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1836, plus haut cité par nous. D'autres arrêts des Cours de Toulouse et de Montpellier, des 22 janvier 1829 et 21 janvier 1839, l'ont formellement consacré. Bien plus, la Cour régulatrice elle-même paraît lui avoir donné sa haute sanction dans cet arrêt si notable du 30 janvier 1842, où nous avons signalé, dans notre première Étude, l'extension logique autant que fâcheuse de l'effet dévolutif aux créances non liquides ou éventuelles qui auraient été saisies. Mais ce qui n'était là qu'en germe s'est

<sup>1</sup> V. notamment MM. Chauveau (n° 1972 *ter*) et Dalloz (n° 452).

<sup>2</sup> V. ses *Lois de la procédure*, t. II, p. 87 et suiv.

produit pleinement dans deux décisions récentes, l'une du 5 août 1856 rappelée précédemment, l'autre du 20 novembre 1860 largement motivée. Cette dernière doit surtout fixer notre attention. — La Cour suprême pose au début le théorème à démontrer, à savoir : que l'attribution exclusive au saisissant ne peut s'opérer avant le jour « où le jugement étant « passé en force de chose jugée, le saisissant peut se mettre « en mesure d'en poursuivre l'exécution par contrainte, etc. » Quelle en est la preuve? C'est que : « à la différence des « jugements contradictoires qui *entre les parties* ont toute « leur force du jour où ils sont rendus, et dont l'exécution « peut être poursuivie immédiatement après leur signification, sans pouvoir être paralysée ou suspendue si ce n'est « par l'exercice d'un des recours ordinaires, les jugements qui « prononcent un paiement ou quelque autre chose à faire par « un tiers ou à sa charge, n'ont de force à son égard, s'ils ne « sont contradictoires et en dernier ressort, qu'après l'expiration des délais de l'opposition ou de l'appel; que le tiers « saisi ne pouvant être contraint à vider ses mains en celles du « saisissant avant que le jugement de validité soit ainsi passé « en force de chose jugée, ne cesse pas jusque-là d'être débiteur du saisi; que sans doute les saisies-arrêts ni la faillite « du saisi survenues dans ces circonstances ne peuvent rétroagir sur la régularité ni sur les effets de la voie d'exécution « antérieurement poursuivie et non encore arrivée à son résultat final; mais que dès qu'elles trouvent les deniers saisis, « ou du moins la créance qu'ils représentent, dans l'actif du « saisi avant que la remise en ait pu être valablement faite aux « mains du saisissant, elles assurent à tous les créanciers qui, « par l'effet, soit des saisies-arrêts ultérieures, soit du jugement déclaratif de la faillite du saisi, ont aussi une mainmise sur tout l'actif du saisi, le droit de venir en concours « avec le premier saisissant sur les sommes saisies et de se les « faire distribuer par contribution. »

Tels sont les motifs si fortement tissus qui ont déterminé, sur le rapport de M. Laborie, conformément aux conclusions de M. de Marnas, et sous la présidence de M. Troplong, la cassation de l'arrêt de Rouen du 17 juillet 1858. — Ils trouvent un précieux complément dans une note substantielle et sagace de M. Dalloz (D. P., 1860, 1, 478). Le savant annotateur fait



remarquer que l'arrêt de la Cour suprême résoud topiquement la seule question de rétroactivité *de l'effet attributif résultant de l'expiration des délais d'opposition ou d'appel*, et non pas celle de rétroactivité d'un arrêt confirmatif. Cela est vrai; mais est-ce à dire que les deux situations soient juridiquement différentes? « Il nous paraît difficile de le croire, répond l'arrétiste, puisque, pour fixer le moment où le jugement « de validité a son effet translatif, la Cour ne se préoccupe que « de l'époque où le jugement devient susceptible d'exécution. « La solution qu'elle adopte implique cette conséquence que « l'effet du jugement devrait être reporté à la date de l'arrêt « confirmatif et même de sa signification. La Cour ira-t-elle « jusque-là? C'est ce que l'avenir nous apprendra. » Il nous paraît, comme à l'annotateur, bien difficile d'admettre la possibilité d'une solution divergente. Fut-on jamais plus autorisé à dire : *ubi eadem ratio, idem jus?* Que la suspension de la chose jugée procède du cours des délais donnés pour opposition ou appel, qu'elle procède d'une opposition ou d'un appel accompli dans ces délais, il n'y en a pas moins, dans l'un et l'autre cas, résolubilité de la première décision et conséquemment prolongation de la période où tout est encore flottant. Pourquoi donc cette instabilité du jugement profiterait-elle moins aux droits concurrents quand elle naît d'un recours exercé et suivi du maintien de ce jugement, que quand elle a pour cause une simple éventualité de recours non exercé? Il nous semble, au contraire, que c'est surtout dans cette seconde hypothèse qu'il y avait lieu d'hésiter à tenir la lice plus longtemps ouverte. Car laisser expirer les délais de pourvoi sans en user, c'est, de l'aveu de tous, un acquiescement tacite à la condamnation, et l'on comprend sans peine que cet acquiescement se confonde rétroactivement avec le *judicatum*; tandis que faire appel à une nouvelle sentence de la justice, c'est assurément protester contre la première, et, par conséquent, il est vrai de dire que le procès sera réellement tranché par la seconde même quand elle confirmera la première. Jusque-là donc *res sub judice lis est*, et rien de plus rationnel que de reculer le terme final du concours des saisissants jusqu'au dernier *dictum* de la justice.

Malgré tout ce qu'il y a d'évident pour nous dans cette déduction, nous ne croyons pas sans intérêt de signaler et dis-

ouler brièvement un arrêt de la Cour d'Agen, qui présente une habile expression du sentiment opposé.

Il est du 20 décembre 1853<sup>1</sup> et statue sur une espèce où il y avait eu débouté d'opposition à un jugement validatif d'une saisie-arrêt. On y lit :

« Attendu qu'il importe peu que la saisie ait été déclarée valable seulement par un jugement de défaut, et que, dans le cours de l'instance sur l'opposition rejetée en définitive, de nouvelles saisies soient survenues, puisque, d'après l'article 159 du Code de procédure civile, l'opposition ne fait que suspendre l'exécution du jugement par défaut; que cette décision n'est pas anéantie, puisque, si elle a été déclarée exécutoire par provision et que des actes d'exécution aient eu déjà lieu, on les continue après le débouté d'opposition, mais on ne les recommence pas; que c'est en conformité de ces principes que l'on décide constamment que si une inscription hypothécaire est prise en vertu d'un jugement de défaut, elle date du jour de ce jugement, non de celui où est rendue la sentence que rejette l'opposition;.... que le débouté d'opposition a rétroagi nécessairement au jour du jugement de défaut;.... qu'il serait inique de dépouiller le saisissant du bénéfice de ce jugement par cela seul qu'il a plu au débiteur de former, et peut-être frauduleusement, une opposition mal fondée. »

Nous avons déjà combattu par avance le principe premier de cette argumentation énergique. Attachons-nous donc uniquement à l'induction tirée de ce qui regarde l'inscription prise en vertu d'un jugement non définitif. Il n'est pas contestable que cette inscription ne remonte dans ses effets jusqu'à sa date après le rejet de l'opposition ou de l'appel dont on aurait frappé la décision créatrice de l'hypothèque<sup>2</sup>. Mais est-ce à dire qu'on puisse en déduire une réelle analogie pour la question qui nous occupe? La négative apparaîtra bientôt sous le voile des apparences contraires, si l'on pénètre jusqu'à la différence intime des deux agissements. — Quelle est, en effet, comme nous l'avons mis en lumière déjà, la portée substantielle de l'attribution qu'engendre la saisie-arrêt validée, d'a-

<sup>1</sup> Sirey, 1854, 2, 250.

<sup>2</sup> V. M. Pont, *Prév. et hyp.*, n° 596, pour les autorités sur ce point de droit.

près la doctrine régnante? C'est d'*exproprier* le débiteur saisi d'une créance pour la transporter d'autorité à son propre créancier. Par cela même encore elle réagit sur un *tiers*, ce qui la met sous l'empire des dispositions particulières de l'article 548 du Code de procédure. Elle constitue donc une *exécution* dans toute la force du mot et de la chose. Quelle différence dès lors avec une prise d'inscription, mesure purement *conservatoire*, de l'aveu de tous, qui bien loin d'opérer expropriation n'en est pas même le préliminaire obligé! Comprendrait-on qu'elle ne produisît pas son effet essentiel, c'est-à-dire la fixation du *rang* hypothécaire, à sa date originaire? Mais elle ne serait plus qu'un non-sens s'il en était autrement.... De là les dispositions si larges de l'article 2123 du Code Napoléon. Dès que la justice a prononcé *en faveur* du poursuivant, il est justement armé du droit d'empreindre le bien du débiteur d'une affectation pignorative. Mais ce n'est là qu'une préparation d'action. Que d'épreuves à traverser encore pour réaliser le gage et en faire consacrer l'attribution privativement à d'autres prétendants! Le rapprochement fait par la Cour d'Agen est donc inadmissible.

Nous avons rappelé tout à l'heure les exigences notables de l'article 548 du Code de procédure. Nous y reviendrons en terminant notre Étude pour rendre plus sensible le lien étroit qui en rattache l'objet à cet article.

Il ne suffirait pas, en effet, toujours d'ouvrir l'accès au concours de saisies postérieures à la validation d'une première tant que la chose jugée n'est pas constituée, s'il dépendait du bénéficiaire de ce jugement d'éluder le concours en précipitant l'exécution avant le recours possible du saisi, soit à l'opposition, soit à l'appel. Il y a donc une grande importance à se demander si le tiers saisi est en droit d'exiger pour bien payer, le complet écoulement des délais d'opposition ou d'appel, ou s'il lui est loisible, sans engager sa responsabilité envers les créanciers qui apparaîtraient tardivement, de vider ses mains tandis que le saisi peut encore attaquer le jugement qui a validé la mainmise jetée sur sa propre créance. C'est seulement par l'adoption de la négative de ce second terme, que le libéralisme de la jurisprudence sera pleinement protecteur pour les droits attardés dans leur action. Aussi M. Dalloz, dans sa note déjà citée par nous

sur l'arrêt de 1860, énonce-t-il judicieusement que la détermination du moment où le jugement qui valide une saisie-arrêt produit son effet translatif, dépend de la solution donnée à cette autre question : « A partir de quelle époque le tiers saisi peut-il être contraint de payer au saisissant la somme pour laquelle la saisie a été faite? » Il résume ensuite à grands traits la controverse soulevée par l'interprétation de l'article 548. D'assez nombreuses autorités de doctrine et de jurisprudence tiennent pour la suffisance de la signification du jugement accompagnée du certificat mentionné aux articles 548 et 550. Les termes du premier de ces articles et les souvenirs de l'ancien droit semblent favoriser cette opinion. Mais la pluralité des interprètes et la jurisprudence la plus récente, s'inspirant de l'histoire de la rédaction législative et surtout de l'esprit intime de la loi, n'exigent pas moins pour admettre l'exécution contre le tiers que l'expiration des délais d'opposition et d'appel, c'est-à-dire la véritable *chose jugée*. M. Dalloz motive fortement en quelques lignes cette solution que M. Chauveau (n° 1906) a disertement établie, et que l'arrêt de 1860 a consacrée, comme on l'a vu. Nous n'avons pas à discuter cette thèse qui n'est qu'incidente à notre sujet, et sur laquelle d'ailleurs la lutte est épuisée. Nous nous proposons seulement de montrer au lecteur combien elle s'harmonise heureusement avec la suspension de l'effet dévolutif du jugement qui valide la saisie-arrêt, jusqu'à la formation intégrale de la chose jugée. Encore une fois, le suspendre seulement jusqu'à la remise des deniers par le tiers au saisissant, ce serait s'arrêter à mi-chemin, et livrer les droits concurrents au hasard ou à la combinaison d'une exécution hâtive qui gagnerait de vitesse les saisies survenues dans les délais de recours contre le jugement attributif.

Il est, du reste, à peine besoin d'indiquer qu'il en serait autrement si cette attribution avait été consolidée de suite par un acquiescement du saisi dépossédé de la créance appréhendée. Rien de plus clair, puisqu'alors la chose jugée se produit aussitôt par l'abandon anticipé des voies de recours. Nous avons d'ailleurs admis précédemment que la *saisine* pouvait s'effectuer par l'accord des parties même *avant* toute sentence proprement dite de la justice, c'est-à-dire sur une simple ordonnance de référé.

Nous ferons connaître, en finissant, qu'un arrêt inédit de la Cour de Riom du 11 juillet 1864 s'est rallié explicitement dans un de ses motifs « à la jurisprudence nouvelle qui tend, avec « pleine raison, à restreindre de plus en plus l'exception qui « résultait pour le principe fondamental formulé en l'article « 2093 du Code Napoléon, des effets dévolutifs attribués « par la doctrine antérieure au jugement de validité. » L'arrêt n'avait pas, du reste, à appliquer, dans l'espèce, l'appréciation qu'il exprime.

Il y a lieu d'espérer que désormais la jurisprudence marchera d'un pas plus sûr dans cette voie libérale. Sans avoir l'ambition d'y contribuer, nous avons essayé seulement de suivre dans une revue historique et critique le mouvement des idées qui se sont agitées et heurtées dans cette matière à la fois si usuelle et si abstruse.

A. ANCELOT.

## DE LA VOIE CIVILE; DE LA VOIE CRIMINELLE.

DE L'ADAGE *ELECTA UNA VIA, NON DATUR RECURSUS AD ALTERAM.*

DE L'AVERTISSEMENT PRÉALABLE ORDONNÉ PAR L'ARTICLE 2  
DE LA LOI DU 2 MAI 1855.

Par M. A. REGNAULT, substitut à Parthenay.

La question que nous nous proposons d'étudier est la suivante : « L'avertissement préalable, exigé devant les justices de paix par la loi du 2 mai 1855, indique-t-il le choix par une partie lésée par un crime, un délit ou une contravention, de la voie la plus douce, et fait-il obstacle à ce que cette partie, après avoir choisi cette voie, puisse, ultérieurement, porter son action devant les tribunaux répressifs, par application de la maxime : *electa una via, non datur recursus ad alteram?* »

La doctrine ne s'est point occupée de cette question ; et la jurisprudence n'a point été appelée à la résoudre. Nous ne connaissons sur ce point de droit qu'un arrêt, rendu par la Cour de Nancy le 22 novembre 1858, qui infirme un jugement

du tribunal correctionnel d'Épinal. La Cour de Nancy s'est prononcée dans le sens de la négative (Voy. S. V., vol. 1859, 2, 22). Les motifs de cet arrêt nous satisfont complètement. Certains jurisconsultes semblent préférer le système contraire, celui adopté par le tribunal d'Épinal. Cette difficulté peut se présenter souvent dans la pratique, c'est pourquoi nous avons pensé qu'il ne serait peut-être pas inutile de rappeler les vrais principes de la matière et d'étudier les conséquences qui en découlent. Nos adversaires verront que leurs meilleures raisons de se décider sont plus spécieuses que solides, que leurs objections les plus fortes n'ont aucun fondement. Enfin, nous essayerons de leur montrer que leur système est contraire au but même que s'est proposé le législateur, en créant des tribunaux de paix, but qui a été d'arrêter les procès par l'accord des parties.

## I.

Lorsqu'une personne a été lésée par un fait qualifié crime, délit ou contravention, deux voies lui sont ouvertes pour obtenir réparation du préjudice par elle éprouvé : ou la voie criminelle par action directe ou bien par le moyen d'une plainte et en se portant partie civile, ou la voie civile. C'est là une règle qui dérive du principe posé par l'article 3 du Code d'instruction criminelle. Ainsi, la partie lésée peut, à son choix, porter son action, soit devant un tribunal civil, soit devant un tribunal criminel. Mais lorsqu'elle s'est décidée, lorsque, consultant ses intérêts, elle a fait choix d'une juridiction, peut-elle ultérieurement, après s'être désistée, reporter son action devant une autre juridiction ?

Avant d'entrer plus avant dans notre sujet, nous devons examiner rapidement ce premier point qui est fort controversé. Pour résoudre cette difficulté, la loi étant muette, on a invoqué ce vieil adage : *electâ undâ viâ, non datur recursus ad alteram*. Or cet adage, quelle que soit sa valeur juridique, n'aura, dans notre législation, la force d'une règle de droit qu'autant qu'on le pourra rattacher à un texte de loi quelconque. Les uns ont cru pouvoir le faire découler, comme application, de l'article 3 du Code d'instruction criminelle (V. Mangin, *Act. publ.*, t. I, p. 671); d'autres lui donnent pour

point d'appui ce principe d'équité et d'humanité, qui ne permet pas à un plaideur de traîner, au gré de ses désirs, son adversaire devant plusieurs juridictions, dans l'espoir d'obtenir une solution plus conforme à ses intérêts<sup>1</sup>. M. Sourdat (*Traité général de la responsabilité*, t. 1<sup>er</sup>, n° 232) résume, d'une manière fort exacte, les diverses opinions existant en cette matière. « Suivant les uns, dit cet auteur, la partie qui a le choix entre deux actions ne peut passer successivement de l'une à l'autre. Ainsi, quand elle a pris la voie civile, elle ne peut l'abandonner pour la voie criminelle, et réciproquement. C'est l'application pure et simple de la règle *electâ undâ viâ, non datur recursus ad alteram*. Suivant une deuxième opinion, on doit distinguer si la partie lésée veut passer du civil au criminel; ou si elle veut passer, au contraire, du criminel au civil. Son option est définitive dans le premier cas seulement. D'autres, enfin, repoussent la maxime *electâ undâ viâ* en principe, et n'interdisent le passage d'une juridiction à l'autre que dans les cas expressément prévus par la loi. » L'auteur se prononce pour cette dernière opinion.

Quoi qu'il en soit des diverses opinions des auteurs, cette règle a été consacrée par la jurisprudence, qui l'a rattachée à l'autorité de la chose jugée. Elle a décidé qu'on devait l'apprécier d'après les mêmes éléments que la chose jugée, « c'est-à-dire que pour être écartée, la seconde action doit procéder de la même cause et poursuivre le même objet que la première. Dans ces conditions et avec ce tempérament, au lieu d'être un simple brocard contestable pour ce qu'elle a de trop absolu et de trop général, la maxime *electâ undâ viâ* devient un principe de droit dont l'autorité, dans les circonstances où il peut se produire, ne le cède en rien à l'autorité même de la chose jugée. » (M. d'Oms, rapport à la Cour de cassation, ch. réunies; 10 juillet 1854. — S. V., 1854, 1, 422.)

La maxime *electâ undâ viâ*, admise par les Cours et les tribunaux, est devenue, dans notre législation, un principe de droit commun.

<sup>1</sup> Faustin Hélie, *Ins. crim.*, t. II, p. 474 et suiv. — Merlin, *Répert.*, v° *Délits*. — Toullier, t. X, n° 170 et suiv. — Carnot sur l'article 3 du Code d'instruction criminelle. — Legraverend, t. I, p. 69. — Bourguignon, t. I, n° 35. — Berriat, p. 26.

Cette maxime ou adage a été empruntée à la loi romaine qui, comme le fait très-bien remarquer M. d'Oms, rapport cité *suprà*, ne l'a jamais formulé en termes précis. Les commentateurs du Digeste prétendirent qu'il résultait de différentes lois que, dans le concours de plusieurs actions, l'exercice de l'une éteignait l'autre. Ils firent résulter cette conséquence de ce qu'en optant pour l'une des deux actions, le demandeur avait indiqué qu'il entendait renoncer à l'autre, *in concursu actionum, si actio semel in iudicium sit deducta, statim submovetur altera*. Notre ancienne jurisprudence fit passer cette règle des matières civiles aux matières criminelles<sup>1</sup>. On décida que celui qui s'est pourvu d'abord par la voie civile ne peut ensuite, pour raison du même fait, procéder criminellement, si ce n'est en vertu d'une nouvelle cause. L'ordonnance de 1667 (tit. 18, art. 2) alla plus loin encore. Elle défendit à la partie qui avait saisi la juridiction criminelle de saisir ultérieurement la juridiction civile, à moins que son action n'eût été réservée. Cette règle ne pouvait être appliquée qu'à la condition que les deux actions procédassent d'un même fait, ou bien, si elles procédaient d'un fait différent, qu'elles fussent dirigées contre la même personne.

La Cour de cassation, tout en acceptant cet adage en principe, en a corrigé la rigueur par un tempérament. L'ordonnance de 1667 avait défendu à la partie lésée qui avait saisi la juridiction répressive, de saisir ultérieurement la juridiction civile, la Cour de cassation admit que la partie lésée pût saisir ultérieurement la juridiction civile, la maxime ne devant s'appliquer que lorsque cette partie avait d'abord fait choix de la voie la plus douce. Sur quoi repose cette distinction? M. Merlin dit que le prévenu ne pouvait se plaindre de ce que la partie lésée n'usait pas contre lui de toute la rigueur de son droit. Selon nous, cette distinction résulte des termes mêmes de l'article 3 du Code d'instruction criminelle. Lésé par un délit, je puis, aux termes de cet article, demander des dommages-intérêts aux tribunaux de répression, en me constituant partie civile ou par action directe; mais je puis aussi, renonçant à l'exercice de mon droit devant un tribunal criminel, saisir valablement de la connaissance de mon action un tribunal civil. L'ar-

<sup>1</sup> V. deux arrêts du Parlement de Paris, des 3 avril 1680 et 2 août 1706.



ticle 3 du Code d'instruction criminelle le dit positivement : « L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi l'être séparément. Dans ce cas l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. » C'est ainsi que l'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 21 novembre 1825 (S. V., C. N., 8, 1, 218). « La Cour.....; Attendu qu'il est de principe certain que, tant que le tribunal de police n'a pas prononcé sur la plainte au fond, la partie a le droit d'abandonner cette voie de poursuite, et de se pourvoir par action civile devant le juge de paix, toujours compétent pour en connaître, sauf à surseoir au jugement, s'il y a lieu, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'action publique; qu'en effet il résulte des articles 1 et 3 du Code d'instruction criminelle, que l'action civile est distincte de l'action publique; qu'elle peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que celle-ci; qu'elle peut aussi l'être séparément depuis que l'action publique est intentée, sauf, en ce cas, à surseoir au jugement, s'il y a lieu, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'action publique; qu'il suit de là évidemment qu'après s'être pourvue devant le tribunal de simple police, la partie peut saisir valablement le juge de paix de la connaissance de l'action civile. »

Il n'en est point ainsi quand la partie lésée a saisi d'abord la juridiction civile. Si la partie lésée peut se désister de son action devant les tribunaux civils, comme devant les tribunaux criminels, aucun article de loi ne permet à la partie qui s'est désistée devant une juridiction civile de reporter son action devant une juridiction répressive. Et, tout au contraire, si la partie lésée veut profiter du silence de la loi, on pourra l'arrêter par la maxime *electâ una viâ*.

Nous connaissons l'origine de la règle *electâ una viâ*; nous savons sur quels principes elle repose; demandons-nous dans quels cas on peut l'appliquer et quelles sont les conditions de son application.

Pour que cette règle ou maxime puisse être soulevée avec fruit par l'une des parties, il faut que certaines conditions se trouvent réunies. Il est nécessaire qu'une demande ait été formée devant un tribunal contentieux, autrement dit qu'il y

ait une juridiction contentieuse de saisie. En effet, si la juridiction saisie n'est pas contentieuse, si c'est un tribunal qui n'a pas pouvoir de trancher une difficulté, de condamner ou d'absoudre, le défendeur ne se déplacera pas; à quoi bon? il ne craindra pas de perdre son procès; il n'espérera point le gagner, la juridiction saisie est impuissante à cet effet. Et si, plus tard, le demandeur appelle son adversaire de cette juridiction gracieuse devant une juridiction contentieuse, comme ce dernier n'a point été forcé de se déplacer pour répondre à la demande introduite contre lui, il ne pourra invoquer avec quelque chance de succès la maxime *electâ undâ viâ*, car il n'a encore été obligé de comparaître devant aucun tribunal.

Mais, non-seulement la juridiction doit être contentieuse, cette juridiction doit de plus être appelée à statuer, en d'autres termes cette juridiction doit être saisie de la connaissance d'une demande quelconque. Tant que la partie lésée n'aura pas formulé sa demande d'une manière précise, tant qu'elle ne se sera pas expliquée sur la cause et l'objet de cette demande, le défendeur ne pourra lui opposer la maxime *electâ undâ viâ*; car, pour être écartée, la seconde action doit procéder de la même cause, et poursuivre le même objet que la première (V. S. V., vol. 1854, 1, 422). Le défendeur serait mal venu à prétendre que les deux demandes se produisent dans les mêmes conditions, s'appuient sur les mêmes motifs, procèdent de la même cause, ont en vue le même objet, puisqu'il ne connaît qu'une seule de ces demandes. Et comment le tribunal sera-t-il saisi? Un tribunal n'est saisi de la connaissance d'une action, ou, en d'autres termes, une action n'est introduite devant un tribunal que par une demande judiciaire ou ajournement. C'est un acte rédigé par un officier ministériel, revêtu de certaines formalités, et qui contient l'exposé sommaire des moyens de la partie demanderesse.

Donc, pour que la maxime *electâ undâ viâ*, qui suppose non pas un choix à faire d'une juridiction, mais un choix fait, *electâ*, participe passé, puisse s'appliquer, il faut qu'une demande judiciaire ait été formée, qu'un ajournement ait été lancé. Sans ces conditions, il est impossible, selon nous, de soulever avec succès le déclinatoire basé sur la règle *electâ undâ viâ*.

## II.

Ces principes admis, la solution de la difficulté qui nous occupe devient singulièrement facile. Pour la résoudre, il suffit de poser les questions suivantes :

1° Quelle est la nature de la juridiction du juge de paix?

2° Quelle est la valeur juridique du billet d'avertissement?

Les juges de paix, comme chacun sait, sont investis tout à la fois d'une juridiction contentieuse ou compétence judiciaire, et d'une juridiction non contentieuse ou compétence extrajudiciaire. La compétence judiciaire du juge de paix, en matière civile, a été établie par la loi des 16-24 août 1790. Elle est aujourd'hui fixée par la loi du 25 mai 1838. En outre, des lois particulières ont attribué juridiction aux juges de paix dans des matières spéciales : contrats d'apprentissage, loi du 4 mars 1851, art. 18; livret des ouvriers, loi du 14 mai 1851, etc. Leur compétence judiciaire en matière criminelle est réglée par les articles 137 et suivants du Code d'instruction criminelle,

La compétence extrajudiciaire du juge de paix consiste à concilier les parties, à procéder à divers actes indiqués par la loi, tels que : affirmation des procès-verbaux des gardes champêtres, loi des 28 septembre-6 octobre 1791, loi du 28 floréal an X; visite des établissements d'aliénés, loi du 30 juin 1838; acte de notoriété pour mariage, art. 70 et 71 du Code Napoléon, etc., etc.

La règle de la conciliation est posée dans l'article 48 du Code de procédure. L'article 49 (même Code) apporte des restrictions nombreuses à cette règle trop absolue. Le but de la conciliation est d'empêcher le procès de s'entamer; le rôle du juge conciliateur est d'essayer à mettre les parties d'accord.

L'idée d'un tribunal de paix (Boitard, *Procédure civile*, t. I, p. 44) destiné à arrêter les plaideurs sur les avenues du palais, pour leur répéter cette vieille maxime : *mauvais accommodement vaut mieux que bon procès*, fut, sans doute, comme l'observe M. Dalloz (*Conciliation*, t. XII), une idée heureuse, séduisante, qui pouvait être féconde en résultats satisfaisants. Toutefois l'avenir ne répondit pas aux brillantes promesses de la théorie.

Cette institution date en France des lois de 1790. L'Assemblée constituante créa les tribunaux de conciliation; et elle plaça le pouvoir de concilier dans les attributions des juges de paix. Mais le système adopté par l'Assemblée était défectueux. Dans la plupart des cas, la tentative de conciliation devenait une formalité inutile et souvent onéreuse. Il est évident, en effet, qu'en ne dispensant du préliminaire de conciliation, ni les personnes incapables de transiger, ni les affaires non susceptibles de transaction; en y soumettant également les affaires urgentes et celles qui demandaient une solution prompte, l'Assemblée constituante avait créé une formalité dérisoire. Les tribunaux d'appel frappés de ces inconvénients, et sans tenir compte de ce que cette institution pouvait offrir de moral et d'utile, en demandèrent la suppression lors de la rédaction du Code de procédure. Les législateurs furent sourds à leurs vœux, et maintinrent l'institution de la conciliation en principe, en corrigeant toutefois par un grand nombre d'exceptions ce qu'elle offrait d'abord de mauvais.

Nous ne nous arrêterons point à l'explication de l'organisation nouvelle, cela nous entraînerait trop loin, et est, d'ailleurs, tout à fait en dehors de notre sujet.

Disons en passant que les premières traces de la conciliation se trouvent dans la législation romaine. Rome elle-même ne fit que l'emprunter à Athènes. Sous l'empire de la législation romaine, les parties, avant de se présenter devant le préteur, s'efforçaient toujours de transiger. Dans notre ancien droit, les tribunaux ecclésiastiques exigeaient le préliminaire de la conciliation, cette mission de paix était confiée aux évêques. Les Pays-Bas possédaient des juges conciliateurs, c'est du moins ce que nous apprend Voltaire dans une charmante lettre écrite en 1745, à la suite d'un voyage en Hollande.

Examinons un peu le mécanisme de la tentative de conciliation sous l'empire du Code de procédure, nous verrons quels changements y ont été apportés par la loi du 25 mai 1838 et celle de 1855. Un procès va s'engager. Le juge de paix sera ou ne sera pas compétent pour connaître de ce procès. Dans le premier cas, pas de conciliation, dans le second, la conciliation doit être tentée, art. 48 du Code de procédure. C'est bien simple; mais voici ce qui arriva : certains juges de paix, avant de permettre à la partie demanderesse d'assigner en

conciliation, exigèrent que les parties fussent invitées à se présenter préalablement devant eux sur simple lettre ou billet d'avertissement. Cet usage eut les plus heureux résultats. Et la loi du 25 mai 1838, art. 7, le consacra, sans, toutefois, le rendre obligatoire. Il y avait, dans cette faculté laissée aux juges de paix, un vice que la loi du 2 mai 1855 s'est hâtée de faire disparaître. M. Buisson, rapporteur de cette loi<sup>1</sup>, fit très-habilement ressortir les motifs qui avaient éveillé la sollicitude du législateur. Pouvait-on ne pas rendre générale une mesure si utile, si morale, qui avait déjà produit d'immenses et les meilleurs résultats? On transforma donc une simple faculté en une obligation. Toutes les affaires, de nature à s'arrêter devant le juge de paix, furent soumises au préliminaire de la conciliation sur billet d'avertissement.

La conciliation sur citation et la conciliation sur billet d'avertissement sont deux institutions identiques, tendant au même but, à une transaction, loi du 2 mai 1855, art. 2, et art. 54 du Code de procédure. La seule différence qui les distingue, c'est que l'une est précédée d'une citation par huissier, tandis que l'autre l'est d'une simple lettre ou billet d'avertissement. L'une et l'autre ne sont point des instances, mais des préliminaires d'instance. Le procès ne commence, la lutte ne s'engage qu'après que les efforts du juge de paix sont restés infructueux, art. 48 du Code de procédure. Jusque-là la mission du juge de paix est toute de conciliation; il ne remplit point le rôle d'un juge, il s'efforce de mettre les parties d'accord pour que le procès n'ait pas lieu. Devant lui, point de discussion, point de joutes oratoires, non, le débat n'est pas ouvert, l'heure n'a pas encore sonné. Il parle aux parties le langage de la raison; par des paroles empreintes de la plus grande bienveillance, il tente un rapprochement, il calme les passions irritées, il invite les parties à se faire des concessions mutuelles. Puis, les concessions faites, pour cimenter cette paix et la rendre durable, il peut constater la transaction par écrit.

Que si le juge de paix s'est épuisé en efforts superflus; que si la passion voile aux parties leurs véritables intérêts, la conciliation étant devenue impossible, le procès va s'engager. Le

<sup>1</sup> Séance du 4 avril 1855.

demandeur, le premier, commence les hostilités. Il lance une assignation, c'est-à-dire un acte revêtu de certaines formalités, et porté par un officier ministériel ayant caractère à cet effet, art. 61 du Code de procédure. Assurément, l'instance n'est pas encore liée. Elle ne le sera que si le défendeur accepte le débat, s'il conclut au fond. Mais, enfin, l'instance est engagée, l'affaire est introduite, le juge est saisi. Libre au défendeur de ne pas comparaître, il sera jugé par défaut, art. 149 du Code de procédure. Combien nous sommes loin du billet d'avertissement, et même de la citation en conciliation. Alors, le demandeur avait des allures pacifiques; jusqu'au dernier moment peut-être conservait-il l'espoir de s'arranger. Maintenant, plus d'illusion, les barrières sont abaissées, et les combattants, la lance en arrêt, se précipitent dans la carrière.

La demande judiciaire, l'ajournement, voilà l'acte qui introduit l'action, qui saisit la juridiction. Le défendeur n'est pas libre de n'y pas répondre, et le tribunal de ne pas statuer. Un désistement, seul, peut arrêter le cours de la procédure; encore, si l'instance est liée, le demandeur n'est plus maître de se désister, le défendeur peut refuser un désistement tardif, s'il est contraire à ses intérêts, art. 403 du Code de procédure. Oh! nous comprenons alors, quand la partie lésée a assigné son adversaire devant un tribunal civil, qu'elle ne puisse abandonner cette voie, pour porter sa demande devant un tribunal criminel; elle l'aurait, comme on dit énergiquement, traîné d'un tribunal devant un autre. L'équité, l'humanité défendraient qu'il en fût ainsi. Mais, si la personne lésée qui pouvait saisir immédiatement la juridiction criminelle, usant de formes toutes courtoises et bienveillantes, fait inviter son adversaire par lettre ou billet d'avertissement à se rendre dans le cabinet du juge conciliateur, invitation que le défendeur peut, suivant son bon plaisir, accepter ou refuser, pourra-t-on reprocher à la partie plaignante cette façon délicate d'agir, et lui opposer son billet d'avertissement comme une déchéance de son droit? Non, en vérité. Le bon sens nous dit qu'il ne peut en être ainsi. Je comprendrais cette opinion, si le billet d'avertissement indiquait, *a priori*, le choix du demandeur, montrait son intention d'agir dans un sens plutôt que dans un autre; car, alors, on pourrait prétendre, jusqu'à un certain point, que le demandeur a opté pour une voie, la voie la plus douce, et lui

opposer notre maxime. Mais le billet d'avertissement n'indique, en aucune manière, l'intention chez une partie d'agir dans un sens de préférence à un autre. On ne doit induire de ce billet qu'une chose (art. 48 C. proc.); c'est que la partie lésée ne veut pas avoir de procès. Je n'entends pas dire que le demandeur qui envoie un billet d'avertissement n'a pas dessein de donner suite à sa demande et ne veut pas avoir de procès; non; car enfin le demandeur, avant d'arriver à l'ajournement devant le tribunal, est obligé, dans certains cas, de subir le préliminaire de la conciliation. Je prétends seulement que le billet d'avertissement n'implique pas chez la partie qui l'a envoyé, l'idée d'un procès à soutenir, mais, au contraire, d'une difficulté à prévenir par une transaction, art. 48 du Code de procédure, et 2 de la loi du 2 mai 1855. Cela est surtout vrai, lorsqu'il s'agit d'un délit. La partie lésée qui pouvait s'adresser directement à la juridiction criminelle, quand elle prend la voie civile et se soumet ainsi, volontairement, au préliminaire de la conciliation, montre son désir de transiger, de n'avoir point de procès. Je vais plus loin. Le billet d'avertissement indiquerait-il l'intention du demandeur de choisir la voie civile, que la maxime *electa una via* ne serait pas encore applicable. Car, comme nous l'avons dit; il faut plus que l'intention chez une partie de faire un choix, pour que cette maxime puisse s'appliquer; il faut que ce choix ait été fait *electa*. Et il ne peut y avoir un choix de fait de la voie civile ou de la voie criminelle, qu'alors que l'une ou l'autre de ces deux juridictions a été saisie. Jusque-là il peut y avoir eu dessein d'opter pour l'une ou pour l'autre, mais on ne peut pas dire qu'il y ait eu un choix, que l'option ait été faite. Faire un choix d'une voie civile ou criminelle, c'est saisir une de ces juridictions de la connaissance d'une action; et l'on ne peut saisir une juridiction de la connaissance d'un fait litigieux qu'en formulant sa demande dans un acte qu'on appelle assignation ou ajournement.

Reste à savoir quelle est la valeur juridique du billet d'avertissement. Le billet d'avertissement n'a aucune valeur juridique au point de vue attributif de juridiction. Il n'est point obligatoire, si les parties consentent à se rendre volontairement devant le juge de paix. Pourquoi voudrait-on que le demandeur fût obligé cependant à faire donner à son adver-

saire un billet d'avertissement? Ce serait là une formalité inutile. On peut dire encore que le billet d'avertissement ne produit aucun effet légal en ce sens, que le défendeur n'est point tenu de répondre à cette lettre d'invitation. S'il ne comparait pas, il n'encourt aucune peine, et l'audience du juge de paix ne pourrait lui être refusée.

Il n'en est pas de même de la citation en conciliation. La citation en conciliation, à la différence du billet d'avertissement, produit des effets légaux. Elle interrompt la prescription, fait courir les intérêts, si la demande en justice est formée dans le mois, à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation, art. 57 du Code de procédure. La partie qui ne comparait pas est condamnée à une amende de 10 francs par le tribunal, et toute audience lui est refusée, jusqu'à ce qu'elle ait justifié de la quittance, art. 56 du Code de procédure.

Ainsi, en résumé, le juge de paix, juge conciliateur, exerçant une juridiction gracieuse, le billet d'avertissement ne produisant aucun effet légal, la maxime *electâ undâ vidâ* est sans application dans l'espèce posée et ne fait pas obstacle à ce que la partie lésée qui a d'abord appelé son adversaire en conciliation sur billet d'avertissement, puisse ensuite porter son action devant les tribunaux répressifs, par application des articles 3 du Code d'instruction criminelle et 2 de la loi du 2 mai 1855.

J'ai entendu faire cette objection : pourquoi exiger, pour l'application de la maxime *electâ undâ vidâ*, qu'il y ait une juridiction contentieuse saisie, une instance pendante? Que s'il y a deux juridictions à la fois saisies de la même affaire et par les mêmes parties, ne voyez-vous pas que vous tombez dans une question de litispendance, et votre adage devient inutile. Ce sont deux exceptions qui vont se confondre. A quoi bon demander l'application d'une règle qui ne repose sur aucun texte de loi, lorsque les parties peuvent arriver au même résultat par la litispendance?

Cette objection n'est pas sérieuse. La litispendance suppose deux instances coexistant, deux tribunaux simultanément saisis de la connaissance de la même affaire. « Il y a litispendance, dit Boitard, *Procédure civile*, t. I, p. 358, lorsque la demande introduite devant un tribunal est déjà pendante de-



vant un autre; lorsqu'un autre tribunal est déjà saisi de la même demande, formée pour la même cause et entre les mêmes parties, en un mot lorsqu'il y a réunion des conditions voulues par l'article 1351 du Code Napoléon. » Mais, quand il s'agit de l'application de la règle *electâ unâ viâ*, rien de tout cela n'existe. En effet, cette règle ne s'applique que lorsqu'il y a eu *abandon* par la partie lésée d'une juridiction pour en saisir une autre. S'il n'y a pas eu abandon, désistement de la part de la partie lésée, il est certain que l'exception de litispendance peut être soulevée. Mais si le demandeur s'est désisté de son action devant la juridiction civile pour la reporter, je suppose, devant la juridiction répressive, dans ce cas le défendeur ne soulèvera pas l'exception de litispendance, la litispendance ne pouvant s'appliquer que lorsque deux tribunaux sont *en même temps saisis* de la même demande. Il pourra soulever, au contraire, avec fruit l'exception basée sur la maxime *electâ unâ viâ*. La litispendance et la règle *electâ unâ viâ* sont donc deux exceptions parfaitement distinctes, qui ne peuvent être, un seul instant, confondues, parce qu'elles s'appliquent dans des cas tout à fait différents. Je prends un exemple : une partie lésée a introduit son action devant un tribunal civil; elle a introduit devant le juge de paix (juge civil) une action possessoire à raison de l'enlèvement des fruits d'une vigne (S. V., vol. 1828, 1, 330). Elle se désiste de son action. La procédure qui a été faite doit être considérée comme non avenue. Eh bien! si, après ce désistement, elle actionne son adversaire devant le tribunal correctionnel pour le même fait, son adversaire lui opposera-t-il une exception de litispendance? Pas le moins du monde. On lui répondrait avec raison : quel est donc l'autre tribunal saisi? Quelle est la juridiction appelée, en même temps, à statuer? Le juge de paix! Le demandeur s'est désisté; aucune instance n'est pendante devant ce magistrat. Non, le défendeur dira : Vous avez choisi la voie civile, la voie la plus douce, tant pis pour vous. En vertu de la maxime *electâ unâ viâ*, le tribunal correctionnel ne peut connaître de l'action que vous avez portée devant lui.

Nous ne terminerons pas cette étude, sans mettre en parallèle notre système et celui que nous combattons, sans chercher à savoir quel est celui des deux qui répond le mieux au

vœu du législateur, et est le plus conforme au principe d'équité et d'humanité, base de toute justice.

Or, nous remarquons que dans notre système on étouffe les procès à leur naissance, on arrête les plaideurs sur la voie de l'arène judiciaire, on fait régner dans la société l'union, la paix, la concorde. En effet, que se passera-t-il si on l'adopte? La partie lésée tentera toujours le préliminaire de la conciliation, parce qu'elle saura qu'en sortant du cabinet du juge conciliateur, elle n'a perdu aucun des moyens que la loi a mis à sa disposition pour obtenir réparation du préjudice par elle éprouvé.

Dans le système opposé, au contraire, la partie lésée n'essayera jamais de transiger, de peur de perdre un de ses moyens d'action. Elle prendra toujours la voie la plus rigoureuse, la voie criminelle, parce qu'en prenant la voie la plus douce, elle est obligée de passer par la tentative de conciliation, et que cette tentative implique de sa part renonciation à un droit, au droit de s'adresser aux tribunaux criminels. Peut-on supposer qu'elle renoncera, dès le début, à une voie, rigoureuse sans doute, mais enfin à une voie que la loi lui permet de prendre? Bien des motifs l'empêcheront d'agir ainsi. D'abord, qui ne voit que les peines infligées par un tribunal de répression sur les réquisitions du ministère public, partie jointe dans le procès, sont plus de nature à faire impression sur l'inculpé, qu'une simple condamnation à des dommages-intérêts? S'il est indigent, cette condamnation l'atteindra peu. S'il est riche, elle ne l'atteindra pas davantage.

Et, de quoi, en définitive, celui qui s'est rendu coupable d'un fait délictueux peut-il se plaindre, si on l'appelle devant les tribunaux de répression? N'a-t-il pas lésé des intérêts particuliers? N'a-t-il pas troublé l'ordre social? Il faut que celui-là soit puni, qui a manqué aux obligations morales qui le lient aux autres membres de la société; qui, par une infraction à ces lois, a causé un dommage à l'ordre général. La pénalité doit intervenir comme une sauvegarde de l'intérêt commun<sup>1</sup>. La partie lésée peut saisir directement la juridiction répressive, qu'elle ait la faculté de tenter la conciliation, sans s'en-

<sup>1</sup> Beccaria, *Traité des délits et des peines*. — Comment. de M. Faustin Hélie.

gager pour l'avenir. Une telle décision est éminemment morale et sage. La tentative de conciliation amène l'offenseur à reconnaître ses torts ; et, tout en ménageant la légitime susceptibilité de l'offensé, elle lui offre un moyen facile d'exercer sa vertu en mettant en pratique ce divin précepte : oubli des offenses, pardon des injures. A. REGNAULT.

---

EXPLICATION DE L'ARTICLE 789 DU CODE NAPOLÉON,

Par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon.

Cet article passe généralement pour l'un des plus difficiles de notre Code. Je ne sais si je me fais illusion, mais il me semble, au contraire, l'un des plus simples, des plus clairs, des plus raisonnables et des plus faciles à comprendre. On pourrait écrire un volume à ce sujet : je me bornerai à quelques pages. Il existe un sens juridique, comme il existe un sens poétique et un sens musical. Les personnes douées du sens juridique me comprendront aisément, et c'est à elles que je m'adresse. Pour les autres, elles comprendraient encore moins la question noyée dans un volume, bien farci de citations et d'arrêts, qu'une simple exposition dépouillée de tous ces accessoires inutiles.

Pour arriver à l'intelligence de l'article 789 du Code Napoléon, il faut savoir que, sous notre ancienne législation française, la faculté d'accepter ou de répudier une succession était imprescriptible, en ce sens qu'elle ne se perdait pas *non utendo* ; l'héritier habile à succéder avait la pétition d'hérédité contre les tiers tant que ceux-ci n'avaient point possédé pendant le temps requis pour opérer la prescription acquisitive.

Cela était-il conforme aux principes du droit commun ? Oui. Quelle en était la cause ? La voici : c'est qu'il est de règle que les facultés légales ne se prescrivent pas par le non-usage ou par la prescription extinctive, à la différence des facultés fondées sur des conventions ou d'autres titres, qui s'éteignent par le non-usage pendant trente ans. Ce sont là des maximes certaines attestées par nos anciens auteurs, notamment par

Dunod, et consacrées par les arrêts de notre Cour de cassation et de nos Cours impériales.

Les plus légères réflexions suffisent pour justifier cette distinction. Ainsi l'article 646 du Code Napoléon autorise tout propriétaire à contraindre son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Voilà une faculté légale qui pourra s'exercer après trente ans, après cent ans, après mille ans, en un mot tant que subsistera la disposition de la loi qui lui sert de base.

L'article 647 du Code Napoléon autorise tout propriétaire à clore son héritage. Cette faculté légale ne se perdra pas davantage par le non-usage, quel que soit le laps de temps écoulé.

L'article 644 permet à celui dont la propriété borde une eau courante, de s'en servir pour l'irrigation de sa propriété, et à celui dont cette eau traverse l'héritage, d'en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, à la charge de la rendre à son cours ordinaire. Ce sont là des facultés accordées par la loi, qui ne se perdront point *solo non usu*; il faudrait, pour opérer cette extinction par le temps, que les riverains opposés ou les autres tiers intéressés pussent invoquer la prescription acquiescitive accomplie à leur profit par les travaux et les conditions exigées en cette matière.

Aux termes de l'article 661, j'ai le droit de contraindre mon voisin à me céder la mitoyenneté de son mur. Quand bien même je resterais mille ans sans user de cette faculté, je ne la perdrais pas *non utendo*.

Le droit commun m'autorise à creuser un puits dans mon fonds. Tant qu'il n'existera point de disposition législative restrictive de cette faculté, je pourrai toujours l'exercer, sans que l'on puisse m'opposer que je l'ai perdue pour n'en avoir pas usé pendant un laps de temps quelconque.

Je pourrais multiplier ces exemples à l'infini; mais ceux que j'ai cités me paraissent suffisants pour établir la proposition avancée plus haut : — que les facultés basées sur la loi ne se perdent pas *non utendo*. La raison de cette règle est que la loi, qui est le titre de ces droits de faculté, ne se périmé pas : elle sera dans un an, dans dix ans, dans cent ans (si elle n'est pas changée), ce qu'elle était hier. Par conséquent, on ne peut pas dire qu'il y ait eu négligence trentenaire de la part de celui qui puise son droit dans une faculté légale, de le mettre

à exécution, puisqu'il peut toujours répondre que ce titre légal se renouvelle chaque jour et qu'il est aujourd'hui ce qu'il était il y a cent ans.

A l'inverse, supposons une faculté établie par une convention ou tout autre titre émané de l'homme, tel qu'un testament, elle se perdra par le non-usage pendant trente ans en vertu de l'article 2262 du Code Napoléon. Par exemple, je vous accorde le droit ou la faculté d'ouvrir une fenêtre d'aspect dans votre mur joignant mon héritage et sans observer la distance de 6 pieds fixée par l'article 675 du Code Napoléon. Vous restez trente ans sans user de cette faculté, elle sera éteinte par ce non-usage. Il en serait de même si cette faculté vous avait été léguée par mon testament, et que vous n'en eussiez pas usé dans les trente ans de mon décès. Outre que cette proposition emporte son évidence par elle-même, supposons qu'il ait d'abord été fait usage de cette faculté conventionnelle ou testamentaire, c'est-à-dire que la fenêtre ait été ouverte, puis, qu'après un certain temps de jouissance, elle ait été murée pendant trente ans, n'est-il pas manifeste qu'elle serait perdue par le non-usage? Donc si le non-usage trentenaire suffit pour éteindre cette faculté réalisée, il doit suffire par la même raison pour l'éteindre avant qu'elle ait reçu un commencement d'exécution.

Au lieu d'un droit de vue, si nous supposons qu'une faculté de passage ait été promise par convention ou léguée par testament, il est évident que la perte s'en opérera par la prescription extinctive basée sur le non-usage pendant trente ans.

Il en serait de même si je vous avais accordé la faculté de chasser à perpétuité dans mon bois ou de pêcher dans mon étang, moyennant une somme fixe payée par vous, vous aurez perdu cette faculté si vous ne l'avez pas exercée pendant trente ans.

Cela serait également vrai de la variété infinie des droits de faculté conventionnels ou trentenaires. La raison de différence entre la règle applicable aux facultés légales et celle applicable aux facultés conventionnelles, est que le titre des dernières, c'est-à-dire la convention ou le testament est un acte spécial, individuel, qui ne se renouvelle pas. La faculté qui en résulte est comme l'homme dont elle émane; elle naît, vit et meurt de même; sa naissance est un fait unique, qui ne se reproduit

pas chaque jour et sans cesse, à la différence des droits de faculté engendrés par la loi, qui participent en quelque sorte de son immortalité.

La différence signalée entre les facultés légales et les facultés conventionnelles ou testamentaires s'applique aussi bien aux droits de faculté alternatifs ou d'option qu'aux droits de faculté simples. En effet, il est manifeste que, considérés dans leur source, l'obligation alternative et le droit d'option, qui peut en être le corrélatif, sont un de leur nature. Je m'engage à vous fournir, à votre choix, un droit de passage pour votre maison sur mon fonds, ou bien un droit de fenêtre d'aspect dans le mur qui joint ce même fonds. Que ce droit d'option dérive d'une convention ou d'un testament, il se perdra par le non-usage de trente ans, tout aussi bien que si je vous avais promis seulement l'un de ces droits; le droit d'option, quand il est faculté conventionnelle ou testamentaire, se perd *non utendo* exactement de la même manière que la faculté unique dérivant de la même source.

A l'inverse, une faculté d'option ou alternative dérivant de la loi ne s'éteint pas par le seul non-usage pendant trente ans, pas plus qu'un simple droit de faculté légale ne tombe sous cette prescription libératoire. Il serait impossible, je ne dis pas seulement de donner, mais d'imaginer une raison de différence.

Ceci posé, on comprend maintenant pourquoi nos anciens auteurs et notre ancienne jurisprudence décidaient que la faculté d'accepter ou de répudier une succession ne se perdait pas par la seule prescription extinctive, c'est-à-dire par le seul non-usage pendant trente ans; c'est que c'était une faculté légale à laquelle on appliquait la maxime qui gouverne les droits de ce genre.

Qu'a fait le Code dans son article 789? Il a apporté une restriction, une limitation à la règle de l'ancien droit : « La faculté d'accepter ou de répudier une succession (bien que ce soit une faculté légale) se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers. »

Nous arrivons maintenant au point décisif de l'article 789. Qu'est-ce qui est proscrit après trente ans? La loi le dit : « La faculté d'accepter ou de répudier une succession. » En

d'autres termes, c'est la faculté légale ou le droit d'option qu'avait l'habile à succéder.

Supposons que je vous aie légué un cheval ou 1,000 francs à votre choix. Je meurs, et vous restez trente ans sans rien réclamer à mon héritier; qu'est-ce qui est prescrit, la faculté ou le droit testamentaire de demander la délivrance de ce legs d'option? Au lieu d'un legs d'option, supposez, comme nous l'avons fait plus haut, une obligation conventionnelle d'exiger, à votre choix, de moi ou de mes héritiers une somme déterminée ou un immeuble spécial, qu'est-ce qui sera prescrit par le laps de trente ans? La même alternative du droit d'option, c'est-à-dire tout le droit du créancier, sans que l'on puisse scinder la créance ni l'obligation et dire que l'un des deux objets est proscrit et l'autre conservé.

Tout ceci s'appliquerait sans aucune difficulté au droit d'option ouvert par l'article 789, sans une autre règle du droit successoral qui trouble l'esprit de beaucoup d'auteurs, c'est-à-dire la saisine légale consacrée par l'article 724 du Code Napoléon. S'appuyant sur cette disposition, ils disent: L'habile à succéder étant saisi de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession, il en résulte qu'après trente ans cet habile à succéder est héritier malgré lui.

Je réponds qu'il est manifeste que c'est aller contre le texte formel de l'article 789 qui déclare prescrite *la faculté d'accepter ou de répudier la succession*, en d'autres termes, l'alternative ou le droit d'option ouvert par la loi en faveur de l'habile à succéder; ce serait l'une des branches seulement de la faculté alternative, et non pas l'autre; c'est comme si, dans le cas du legs d'un cheval ou d'une somme d'argent, on disait qu'après trente ans le droit de réclamer l'un des objets sera prescrit, et non pas l'autre.

J'ajoute que c'est faire un étrange abus de la règle de la saisine héréditaire et en faire sortir une conséquence absolument étrangère à son sens et à son esprit. En effet, on sait qu'en droit romain la possession ne passait pas de plein droit du défunt à ses héritiers: *cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt; possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* (Dig., L. 23, De adq. vel amitt. poss.)

Le droit féodal avait changé ces principes, afin de rendre les fiefs héréditaires, surtout dans la ligne directe descendante. On sait, en effet, que les fiefs n'étaient à l'origine que de simples bénéfices, d'abord révocables, puis viagers, puis transmissibles par décès dans la ligne directe, puis dans la ligne collatérale, puis enfin vénaux. Or il est aisé de comprendre que la faveur qui, à l'origine, tendait à rendre les fiefs transmissibles, ait imaginé, pour atteindre plus facilement ce but, de faire considérer d'abord les enfants et descendants des titulaires d'un fief comme étant en tout la continuation de sa personne, puis, que ce principe ait été étendu à la ligne collatérale.

La faveur qui s'attachait à la possession des fiefs lorsqu'ils devinrent héréditaires, a donc porté les esprits à admettre la transmission de plein droit aux héritiers, non-seulement des choses de droit, mais de la possession, quoique basée principalement sur un fait, chose qui semble moins aisément transmissible qu'un droit. La saisine coutumière a encore eu un autre but, c'est d'abolir la maxime romaine : *hereditas non adita non transmittitur*, et de la remplacer par la règle inverse : *hereditas non adita transmittitur* (art. 781 C. Nap.). C'est donc dans l'intérêt des héritiers eux-mêmes que la saisine fut d'abord établie, et l'article 724 du Code Napoléon consacre ce fait primordial, en mettant en première ligne la transmissibilité des droits actifs du défunt.

La transmissibilité de plein droit étant admise pour l'actif de la succession, il était naturel de faire suivre le passif. Aussi est-ce là ce que fait également l'article 724 précité.

La saisine est donc tout d'abord un droit, une faveur établie dans l'intérêt des héritiers et qui, par voie de conséquence, engendre des charges sur eux et, par contre, des avantages pour les créanciers. La loi civile, fidèle à l'origine de la saisine, tempère ce qu'elle pourrait avoir d'onéreux pour les héritiers habiles à succéder par plusieurs dispositions, dont il nous suffira de citer les deux suivantes : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue » (art. 775 C. Nap.). C'est la reproduction de la maxime coutumière : « N'est héritier qui ne veut. » L'autre est la faculté de faire inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, même après les trois mois et quarante jours fixés comme délais normaux pour ces mesures (art. 800 C. Nap.).



Ces dispositions pleines de sens et de raison forment un ensemble harmonieux, qui sauvegarde à la fois les droits des héritiers et des créanciers, si elles sont sagement entendues. D'après cet ensemble, jamais un héritier ne peut être exposé, malgré lui, à payer *ultra vires* les dettes d'une succession onéreuse, et les créanciers ont toujours le moyen de contraindre les habiles à succéder à prendre qualité, au moins après l'expiration des courts délais impartis aux héritiers pour faire inventaire et délibérer.

Mais si l'on entend la loi en ce sens qu'après un certain laps de temps l'habile à succéder sera héritier malgré lui, *sive velit, sive nolit*, et tenu, en conséquence, de supporter les charges héréditaires *ultra vires*, c'est faire produire à la saisine légale un résultat insensé; c'est retourner contre les héritiers légitimes un bénéfice que les coutumes et la loi civile ont introduit en leur faveur. Or tel est le résultat auquel arrivent les auteurs qui entendent l'article 789 en ce sens qu'après trente ans, les habiles à succéder qui ont gardé le silence et n'ont pas été inquiétés pendant ce temps seront, bon gré malgré, réputés héritiers et tenus *ultra vires*, en vertu de la fausse interprétation qu'ils donnent à la saisine légale.

Avec ce système, il n'est pas un homme riche qui ne soit exposé un jour à apprendre qu'il se trouve ruiné par la dévolution d'une succession ouverte à son profit dans un pays éloigné. Remarquez, je vous prie, que ce n'est pas là un danger chimérique, mais un danger sérieux et qui tendrait de jour en jour à s'aggraver davantage. Nous voyons combien les facilités de locomotion par les chemins de fer et la navigation des bâtiments à vapeur augmentent les émigrations. De tous ces émigrés qui s'en vont chercher fortune avec leur famille, les uns en Amérique, d'autres en Australie, dans les Indes orientales ou ailleurs, les uns réussissent, d'autres meurent insolubles. Pour ces derniers, leurs enfants ou proches parents, s'ils sont sur place, renoncent à leur succession, qui souvent sont dévolues, par l'effet de ces renonciations, à des parents laissés en France, lesquels ignorent ces dévolutions. Si les créanciers laissaient écouler trente ans sans poursuites contre les successeurs restés en France, après avoir fait des actes conservatoires en pays étrangers, il arriverait que ces parents français se trouveraient ruinés sans qu'il y ait eu de leur part aucun

moyen légal de prévenir cette ruine. Voilà le résultat où conduirait la fausse application de la maxime *le mort saisi le vif*.

On a essayé de prévenir cette conséquence déplorable, en disant que les trente ans accordés par l'article 789 pour exercer la faculté d'accepter ou de repousser une succession, ne commencent à courir qu'à compter du jour où l'habile à succéder aura eu connaissance de la succession à lui dévolue.

Ce remède me semble complètement inefficace, puisque la suspension invoquée ne peut s'appuyer sur aucun texte de loi et se trouve, au contraire, repoussée par l'article 2251 du Code Napoléon, suivant lequel « la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. » Or il n'en existe pas qui ait suspendu la prescription qui nous occupe; donc, etc.

A défaut de texte, on invoquera peut-être la maxime *adversus agere non valentem non currit præscriptio*, maxime implicitement consacrée par l'article 2257 du Code Napoléon. — La réponse est que cette maxime n'est applicable qu'aux obstacles de droit, ainsi que cela résulte de son origine, qui est la loi 1 (*in fine* Cod., *De annali except. und.*), et des cas spéciaux énumérés dans le même article 2257. Or il n'existe point d'obstacle légal qui empêche l'habile à succéder auquel une succession est dévolue de pouvoir y renoncer; ce ne peut être qu'un obstacle fondé sur l'ignorance d'un fait, et conséquemment la maxime citée n'est point applicable.

En résumé, après trente ans de silence depuis l'ouverture de la succession, l'habile à succéder a perdu le droit d'option ouvert en sa faveur; et il ne peut être admis à s'en plaindre, puisqu'il est soumis à la loi commune qui fait perdre tous les droits amissibles, par cette longue prescription. Les créanciers et les légataires de la succession ont perdu le droit de poursuivre cet héritier, et ils ne seraient pas davantage reçus à s'en plaindre, puisque c'est le laps de temps le plus long auquel est subordonné l'exercice des droits quelconques. Ce résultat est aussi équitable et aussi moral qu'il est juridique. En effet, nul des intéressés n'est exposé à perdre sans sa faute, c'est-à-dire son silence prolongé pendant trente ans. Il faut bien mettre un terme à l'exercice des droits; la société et la tranquillité publique y sont intéressées. Nulle des parties n'est exposée à ces embûches qui ruineraient, sans qu'ils le sussent

et qu'ils pussent s'y opposer, les habiles à succéder, s'ils étaient héritiers malgré eux après trente années d'ignorance et de silence. Tout cela me paraît si clair, si simple, si juste, si conforme au texte de l'article 789 et aux principes généraux du droit, qu'il m'est tout à fait impossible de comprendre les difficultés qui offusquent le cerveau de tant d'auteurs estimables qui se sont occupés de cet article. Cette interprétation de l'article 789 a pour moi l'évidence d'un théorème de mathématiques, ce qui ne se rencontre pas toujours dans les vérités juridiques. C'est pour cela que j'ai dit en commençant, que cet article est l'un des plus clairs de notre Code, et je crois l'avoir démontré.

SERRIGNY.

---

DU MINISTÈRE PUBLIC A L'AUDIENOE CIVILE,

Par M. Édouard PÉRIER,  
procureur impérial à Villeneuve-d'Agen (Lot-et-Garonne).

(Suite et fin <sup>1</sup>.)

CHAPITRE III.

DU MINISTÈRE PUBLIC PARTIE PRINCIPALE.

SECTION I<sup>re</sup>.

*Des cas spéciaux dans lesquels il agit directement.*

SUMMAIRE.

51. Le ministère public exerce par exception l'action directe.
52. Cas dans lesquels l'ordre public est intéressé.
53. Actes de l'état civil:
54. Mariage.
55. Séparation de corps.
56. Absents.
57. Interdiction.
58. Succession vacante.
59. Application et levée de scellés.
60. Substitutions.
61. Hypothèques.

<sup>1</sup> V. t. XXVII, p. 494; t. XXVIII, p. 59.

- 62. Expropriation pour cause d'utilité publique.
- 63. Fabriques d'église.
- 64. Brevet d'invention.
- 65. Lycées.
- 66. Réquisitions pour faire prononcer les amendes dans l'intérêt du fisc.
- 67. Action disciplinaire.
- 68. Délits d'audience.
- 69. Mesures à prendre à l'occasion de certains délits révélés à l'audience.  
Faux.
- 70. Faux témoignage.
- 71. Faux serment.

51. Devant la juridiction civile, c'est par exception que le ministère public agit par voie d'action principale; son rôle normal est celui de partie jointe; ce principe est posé dans l'article 2 de la loi du 24 août 1790. Dans tous les cas prévus par le Code de procédure civile, le litige est engagé par les parties en cause; ce sont elles qui saisissent les tribunaux de leurs différends, elles précisent le débat dans leurs conclusions et chacune d'elles est représentée par un mandataire de son choix; le ministère public examine l'affaire, il en prend communication, il se joint à celle des parties qui lui paraît avoir raison, et il donne son avis avec une entière liberté.

52. Il agit d'office dans les cas spécifiés par la loi, c'est-à-dire lorsqu'une disposition spéciale lui déléguant une attribution plus active lui confère formellement l'exercice de l'action directe; ce sont là les termes précis de la première partie de l'article 46 du décret de 1810 sur l'organisation judiciaire; ils ne sont pas susceptibles d'interprétation ni d'extension. La seconde partie de l'article précité ajoute : *que le ministère public surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, et qu'il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* Ici ses pouvoirs grandissent; l'exercice de ses fonctions n'est plus subordonné à un texte formel de la loi, il prendra l'initiative toutes les fois que l'intérêt public surgira dans une question de laquelle les parties privées n'auront pas à saisir les tribunaux. Si le litige est déjà engagé, si la question d'ordre public est susceptible de recevoir une solution, le ministère public prend communication de l'affaire, il est partie jointe, et les dispositions de l'article 83 du Code de procédure civile reçoivent dès lors leur application. Pourquoi en effet prendrait-il une part plus active dans un débat dans

lequel les intérêts généraux sont suffisamment garantis? Mais s'il se révèle tout à coup dans un procès privé une question d'ordre public entièrement étrangère aux points débattus entre les parties en cause, le magistrat du parquet fait ses réserves, il saisit les tribunaux, lui seul dès lors a qualité pour provoquer la décision au nom de l'intérêt social, dont il est l'organe, et il puise son droit dans le paragraphe de l'article 46 qui lui donne mission de poursuivre d'office l'exécution des lois des arrêts et des jugements, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.

Quand et comment l'ordre public sera-t-il suffisamment intéressé? Tel est le point vraiment délicat de cette question; mais en l'absence d'une définition qu'il était impossible de donner d'un mot susceptible de recevoir les applications les plus diverses, le législateur s'en est référé au bon esprit de ceux qui sont chargés de l'interpréter. Nous essayerons de préciser d'une manière nette cette partie des attributions du ministère public, après avoir examiné les cas spéciaux dans lesquels il agit directement.

53. *Actes de l'état civil.* Les actes de l'état civil sont destinés à constater d'une manière authentique les principaux événements relatifs à l'état des personnes, les naissances, les mariages et les décès; le soin de recevoir et de conserver les actes de l'état civil a été confié aux municipalités par les lois du 28 pluviôse an VIII et du 18 germinal an X. Dans cet ordre d'attributions les maires et les adjoints sont des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, placés sous la surveillance du procureur impérial et la juridiction des tribunaux civils en ce qui concerne les registres ou la rédaction des actes de l'état civil; ils sont responsables envers les particuliers du préjudice que peut leur faire éprouver l'inexécution des obligations qui leur sont imposées. Quand l'irrégularité prend un plus grand caractère de gravité, la loi, outre la responsabilité civile, prononce des peines, et le procureur impérial, sous la surveillance duquel sont placés les registres de l'état civil, est chargé de poursuivre les contraventions qui y sont commises.

Les altérations volontaires et les faux commis par l'officier de l'état civil ou les dépositaires des registres, constituent le crime prévu et puni par les articles 145, 146 et 147 du Code pénal; le procureur impérial est chargé de la poursuite; son

action est déterminée d'une manière générale par l'article 22 du Code d'instruction criminelle, qui lui donne mission de rechercher et poursuivre les crimes et les délits; c'est en vertu du même principe qu'il est chargé de poursuivre l'inscription sur feuilles volantes, que la loi pénale considère comme un délit et qu'elle punit, dans son article 192, d'un emprisonnement d'un mois à trois mois et d'une amende de 16 francs à 200 francs.

Indépendamment de ces faits qui rentrent dans les cas ordinaires de poursuite, l'article 50 du Code Napoléon charge le procureur impérial de poursuivre devant les tribunaux civils les officiers de l'état civil et les dépositaires des registres qui auraient négligé l'accomplissement des différentes formalités et obligations qui sont prescrites par les articles 145 et suivants relatifs à la rédaction des actes, la tenue des registres, les mentions à y faire, leur dépôt et celui des pièces y annexées; ces contraventions sont punies d'une amende qui ne peut excéder 100 francs.

L'action du ministère public pour l'application de ces peines a tous les caractères d'une action civile, le législateur n'a pas voulu imprimer à de simples irrégularités l'infamie qui s'attache aux délits ordinaires; ces affaires sont donc soumises aux tribunaux civils dans les formes prescrites en matière civile. Quoique le taux de l'amende prononcée n'excède pas celui du dernier ressort, l'appel est néanmoins toujours recevable, car il s'agit en principe d'apprécier un acte de l'état civil pour savoir s'il est régulier, et à ce point de vue la demande est indéterminée; une amende est d'ailleurs une peine qui ne peut être prononcée qu'en premier ressort<sup>1</sup>, à cause de sa quotité.

Les magistrats du parquet sont appelés à relever dans leur vérification annuelle les contraventions qui donnent lieu à l'application de l'article 50 du Code Napoléon; ils doivent se montrer très-réservés, et avant de poursuivre ils doivent prendre l'avis du procureur général; les officiers de l'état civil peuvent être poursuivis sans l'autorisation préalable du Conseil d'État pour les contraventions qu'ils commettent dans la tenue des registres; pris en cette qualité, ils ne sont point protégés par l'article 75 de la Constitution de 1788.

<sup>1</sup> Cassation, 10 décembre 1822.

Quelque irrégulier que soit un acte de l'état civil, il n'est pas nul ; dès qu'il a été rédigé, il appartient à tous ceux auxquels il a pu conférer des droits, et il n'est plus permis d'y retoucher ; les omissions et les erreurs ne peuvent plus être réparées que par un jugement rendu à la requête de l'un de ceux qui ont le droit de se plaindre légalement des irrégularités de cet acte.

Le ministère public peut demander la rectification des actes de l'état civil dans l'intérêt d'un indigent (loi du 20 avril 1810) et dans l'intérêt des militaires (loi du 22 brumaire an XIV). Il agit d'office pour faire remplacer les registres de l'état civil perdus ou incendiés par les événements de la guerre, ou pour faire suppléer à ceux qui n'auraient pas été tenus (loi du 25 mars 1817). Il agit enfin toutes les fois que l'ordre public est intéressé ; ce dernier point fera l'objet de développements ultérieurs.

54. *Mariage.* Le mariage est l'union légitime de l'homme et de la femme ; il est de tous les contrats le plus important, car il intéresse à la fois la société, les parties contractantes et la famille des futurs époux ; c'est à ces trois points de vue que le législateur s'en est occupé lorsqu'il en a réglé les conditions et les formalités. La procréation des enfants étant le but principal du mariage, on a dû exiger comme première condition que les futurs époux eussent atteint l'âge de puberté, et le législateur a fixé l'époque à laquelle il est permis de penser que l'on ne contractera pas un lien indissoluble avec trop d'inexpérience et de légèreté. Le consentement des parties contractantes est une des conditions essentielles du mariage, il doit être donné par chacune d'elles séparément et librement, il doit être de plus fortifié dans l'âge des passions par un consentement plus éclairé. On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier, les lois civiles d'accord en cela avec les lois religieuses interdisent la polygamie ; le mariage ne pouvait être en effet l'occasion de rivalités jalouses. La parenté et l'alliance sont encore une des causes d'empêchement au mariage ; un motif de haute moralité rend impossible l'union de ceux entre lesquels les liens du sang ou de l'affinité ont établi des rapports directs et très-prochains. Enfin le mariage doit avoir une authenticité non équivoque, et dans ce but le législateur a pris le soin d'exiger l'accom-

plissement de formalités qui peuvent assurer sa publicité.

Telles sont les conditions requises pour la validité du mariage et dont l'accomplissement en entraîne la nullité; elles se confondent avec les empêchements, car l'empêchement résulte précisément de l'absence de l'une des conditions requises par la loi. Ces nullités sont absolues ou relatives; les premières sont en général perpétuelles de leur nature et insanables, continues et indéfinies, sans qu'aucune ratification puisse les effacer, elles peuvent être proposées par toute personne ayant intérêt et par le ministère public; les secondes peuvent être couvertes, elles doivent être proposées dans un temps déterminé, elles sont susceptibles d'être réparées et elles ne peuvent être proposées que par les personnes dans l'intérêt desquelles la loi les a établies. L'impuberté, l'existence d'un premier mariage, la parenté ou l'alliance au degré prohibé, le défaut de publicité de la célébration et l'incompétence de l'officier public, sont les causes de nullités absolues; les articles 190 et 191 du Code Napoléon donnent qualité au procureur impérial pour les proposer et pour intenter l'action civile, afin de faire prononcer la nullité du mariage. Les nullités absolues sont autant d'infractions au bon ordre. Il appartient à ce magistrat, gardien des mœurs publiques, de faire cesser le scandale; il doit même, dans certains cas, faire condamner les époux à se séparer.

Il semble résulter de la différence des termes employés, que l'obligation d'agir imposée au ministère public est rigoureuse dans les cas prévus par l'article 190 précité, et qu'elle est au contraire facultative dans les cas prévus par l'article 191. Le caractère très-différent des nullités justifie cette distinction; l'impuberté, la bigamie et l'inceste sont des désordres qu'il importe de faire cesser, et l'inaction de l'organe de la société offrirait un danger réel, tandis que l'absence de l'un des éléments de publicité exigée peut rigoureusement constituer une infraction à la loi, et cependant, malgré cette omission, la publicité peut avoir été suffisante; aussi le législateur a-t-il eu raison de laisser au magistrat un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. J'ajouterai même que, quelle que soit la nature de la nullité, le ministère public est toujours libre, suivant les circonstances, d'exercer son action ou de ne pas l'exercer; ainsi si c'est une jeune fille précoce n'ayant pas encore atteint



quinze ans révolus qui s'est mariée, si un oncle a épousé sa nièce sans dispense ou un beau-frère sa belle-sœur, pourquoi faire prononcer la nullité du mariage? ne serait-ce pas provoquer le scandale et porter le désordre dans les familles?

Le ministère public qui, dans les cas prévus par la loi, peut poursuivre l'annulation d'un mariage, pourrait-il agir en sens inverse en validité et faire appel du jugement qui aurait prononcé la nullité du mariage? L'examen de cette question délicate trouvera plus naturellement sa place en traitant des cas dans lesquels l'ordre public est intéressé; c'est également alors que nous examinerons la question de savoir si le procureur impérial peut faire opposition à un mariage.

Aux termes des articles 70 et suivants du Code Napoléon, s'il est impossible à l'un des futurs époux de se procurer son acte de naissance, il peut y être suppléé par un acte de notoriété délivré par le juge de paix et homologué par le tribunal. Si celui qui se trouve dans l'obligation d'accomplir cette formalité est indigent, il doit s'adresser au procureur impérial qui, après avoir légalement constaté l'indigence, requiert l'homologation. Ce magistrat agit encore directement aux termes de l'article 200 du Code Napoléon, lorsqu'il s'agit du rétablissement d'un acte de mariage frauduleusement omis ou supprimé.

55. *Séparation de corps.* Le droit de demander la séparation de corps est exclusivement attaché à la personne des conjoints; eux seuls peuvent se plaindre, et quand un époux malheureux garde le silence sur ses infortunes conjugales, nul ne saurait avoir qualité pour dévoiler des désordres que des considérations particulières obligent parfois à ne pas révéler. Dans l'ancien droit, ces demandes ne pouvaient même être intentées que par la femme contre le mari; ce dernier n'était pas admis à se plaindre des excès, des sévices ou des injures que la supériorité de sa force paraissait rendre peu vraisemblables; son droit se bornait, en cas d'adultère, à faire renfermer sa femme dans un monastère.

L'adultère n'est pas seulement une cause de séparation, il constitue un délit d'un caractère spécial qui, contrairement à l'ordre général des juridictions, est réprimé par les tribunaux civils sur les réquisitions du procureur impérial; toutes les fois que c'est la femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée qui s'en est rendue coupable (art. 308 du Code

Napoléon), la peine de l'emprisonnement doit être appliquée par le même jugement, et quoiqu'elle soit prononcée par les tribunaux civils, elle ne perd pas son caractère de peine correctionnelle; aussi faut-il appliquer, s'il y a lieu, les peines de la récidive.

L'article 267 du Code Napoléon, qui autorisait pendant l'instance en divorce l'emploi de certaines mesures destinées à garantir les intérêts que cette instance pouvait compromettre, est applicable à la séparation de corps; à cause de l'analogie des situations, le ministère public peut donc demander que la garde des enfants soit confiée à qui de droit.

56. *Absents.* Nous avons déjà vu que le législateur a rangé les absents parmi les incapables et qu'il leur accorde protection comme au mineur et à l'interdit, puisque les causes qui les intéressent doivent être communiquées au ministère public; mais si l'absent n'est pas représenté et s'il y a nécessité de provoquer des mesures conservatoires dans son intérêt, le procureur impérial a qualité pour agir d'office, car l'article 114 du Code Napoléon, qui le charge spécialement de veiller aux intérêts des personnes absentes, lui en fait un devoir; il est sans contredit au nombre des personnes dont parle l'article 112. Sauf le cas particulier de l'article 113, il n'est pas dit quelles sont les mesures conservatoires que l'on peut provoquer; la loi ne pouvait en effet rien préciser, car la diversité des intérêts à défendre peut seule déterminer le genre de précaution qu'il convient de prendre, et à cet égard il est laissé aux tribunaux une latitude indéfinie; l'intervention active du ministère public à cette première période de l'absence doit avoir pour objet de veiller à ce que l'absent soit représenté par un administrateur qui intentera directement les actions dans lesquelles ses intérêts seront engagés et contredira aux demandes formées contre lui; quand il aura requis cette nomination, il reprendra son rôle de partie jointe, car l'incapable aura désormais quelqu'un qui sera chargé de le défendre et de le protéger, et ses intérêts ne seront pas plus en péril que ceux d'un mineur ou d'un interdit représentés par un tuteur ou un curateur.

Quand une personne a cessé de paraître à son domicile depuis un certain nombre d'années sans que l'on ait eu de ses nouvelles, les parties intéressées peuvent se pourvoir devant

le tribunal pour que l'absence soit déclarée. Le ministère public cesse de figurer au nombre de ceux qui ont qualité pour faire déclarer l'absence, la loi ne lui confère aucun droit à cet égard, l'ordre public n'est nullement intéressé à ce que cette mesure soit prise; il est d'ailleurs le contradicteur légitime de la demande en déclaration d'absence; l'enquête se fait contradictoirement avec lui, il y assiste, il peut en demander la nullité, il peut même requérir une contre-enquête ou faire citer directement des témoins; il est encore chargé d'adresser les jugements préparatoires au ministre de la justice, qui les rend publics par la voie du *Moniteur*.

Après la déclaration d'absence, les héritiers présomptifs de l'absent peuvent se faire envoyer en possession en vertu du jugement; ils sont tenus de fournir caution; elle doit être agréée par le procureur impérial, et il est procédé, en présence de ce magistrat ou du juge de paix requis par lui, à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent (art. 126 du Code Napoléon).

Si l'absence continue pendant un nombre d'années que l'article 129 du Code Napoléon détermine, les ayants droit peuvent faire prononcer l'envoi en possession définitif; dès lors le ministère public n'a plus rien à surveiller et par conséquent rien à requérir.

Aux termes de l'article 139 du Code Napoléon, l'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union est seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou un fondé de pouvoirs muni de la preuve de son existence. Si les termes de cet article étaient pris à la lettre, il pourrait en résulter les conséquences les plus regrettables, car il semblerait vouloir dire que, même dans les cas où l'on aurait la preuve de l'existence de l'absent, le ministère public n'aurait pas le droit d'attaquer un mariage contracté avant la dissolution du premier; mais il est évident que les principes généraux en matière de nullité que nous avons déjà exposés, s'appliquent à ce cas, et que l'article 139 signifie que tant que dure l'incertitude sur l'existence de l'époux absent, nul ne peut attaquer un second mariage, car ce serait s'exposer à porter inutilement le trouble dans une nouvelle famille. En admettant en effet qu'il y ait quelque doute sur le décès de l'absent, il pourra bien ne plus reparaître; cette disposition de

la loi s'explique donc avec les motifs qui lui ont donné naissance.

57. *Interdiction.* L'interdiction est la mesure prise contre celui que l'insanité de son esprit rend incapable des actes de la vie civile, c'est une protection que la loi lui accorde, mais, comme elle prive celui qui en est l'objet de la disposition de ses biens et souvent même de la liberté de ses actions, le législateur a spécifié les cas dans lesquels elle pouvait être prononcée. Suivant l'article 489 du Code Napoléon, le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides.

Il semble résulter des termes formels de la loi, que le majeur peut seul être interdit et que l'état de tutelle que protège le mineur rend à son égard cette précaution entièrement inutile. Cependant, comme le mineur est capable de certains actes, qu'il peut disposer par testament et qu'il peut se marier, il y aura souvent intérêt à provoquer son interdiction; il n'y aurait pas le moindre doute si des motifs d'ordre public rendaient cette précaution nécessaire.

Le ministère public a le droit de provoquer directement l'interdiction dans les cas seulement qui sont déterminés dans l'article 491 du Code Napoléon, dont les dispositions renferment à cet égard une distinction importante; s'il s'agit de fureur, c'est-à-dire de cet état qui peut pousser celui qui en est atteint à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres, il y a péril pour la sûreté et le repos publics, et dès lors le ministère public est tenu d'agir d'office, alors même que les parents gardent le silence. S'il provoque l'interdiction d'une femme mariée, il n'a pas besoin de l'autorisation de son mari, et il n'est pas nécessaire que le conseil de famille soit appelé à donner son avis comme il est dit à l'article 494 du Code Napoléon. Mais les cas dans lesquels ce magistrat peut exercer l'action directe sont très-rares, en présence de la loi du 30 juin 1838 qui a chargé l'autorité administrative du soin de faire placer les aliénés dans les établissements publics ou privés, sans qu'il soit nécessaire de faire préalablement prononcer l'interdiction.

Le ministère public a qualité pour interjeter appel du jugement qui prononce la mainlevée de l'interdiction qu'il aura provoquée d'office.

Dans les cas d'imbécillité ou de démence, le soin d'agir est laissé à la famille, l'état de celui qu'il faut interdire n'offre plus les mêmes dangers pour la sûreté publique, son esprit est affaibli, il aura même entièrement perdu l'usage de la raison, mais il est calme et ne se livre pas à des actes de fureur, le ministère public ne pourra dès lors, dans ce cas, provoquer directement l'interdiction qu'à défaut de parents connus; cette condition, de laquelle dépend son droit d'action, est capitale, et la loi le laisse libre de l'exercer ou de s'abstenir.

58. *Succession vacante.* L'article 812 du Code Napoléon donne expressément le droit au procureur impérial de l'arrondissement dans lequel est ouverte une succession vacante, de requérir la nomination d'un curateur; l'ordre public est intéressé à ce que les biens ne restent pas longtemps abandonnés; ils devront peut-être revenir à l'état, les héritiers intéressés à les réclamer peuvent avoir disparu de leur domicile sans laisser un mandataire pour les représenter, et nous avons déjà vu que le ministère public est chargé, dans ce cas, de provoquer des mesures conservatoires et notamment de faire nommer un curateur.

59. *Apposition et levée de scellés.* Le ministère public doit requérir d'office l'apposition et la levée des scellés dans les cas prévus par les articles 819 du Code Napoléon, 911 et 930 du Code de procédure, c'est-à-dire lorsqu'il est nécessaire de provoquer ces mesures dans l'intérêt de personnes non présentes ou d'incapables dépourvus de tuteurs ou de curateurs.

60. *Substitutions.* L'article 896 du Code Napoléon prohibe sous le nom de substitutions les dispositions qui ont pour effet d'investir successivement deux personnes de la même chose dont la propriété reposera sur la tête d'un second bénéficiaire, après avoir été donné en premier lieu pendant un laps de temps à un premier appelé chargé de conserver et de rendre; mais si le premier bénéficiaire était tenu de conserver en attendant l'accomplissement d'une condition qui devrait se réaliser pendant la vie, la disposition serait purement conditionnelle et par conséquent valable; aussi pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut que le premier grevé soit tenu de conserver à titre de propriétaire jusqu'à sa mort.

L'article 1048 du Code Napoléon contient une exception à cette règle en faveur des dispositions faites par les ascendants

au profit des enfants des donataires nés ou à naître au premier degré seulement, et l'article 1049 fait la même exception pour les dispositions faites aux frères ou sœurs avec la charge de rendre les biens donnés aux enfants nés et à naître au premier degré seulement.

Les articles 1055 et suivants prescrivent certaines formalités conservatrices dans l'intérêt des appelés; ainsi, à la diligence du grevé ou de son tuteur s'il est mineur, il doit être nommé un tuteur à la substitution s'il ne l'a pas été par le disposant; la formalité est si rigoureuse qu'en cas d'inaccomplissement le droit des appelés est déclaré ouvert à la diligence du procureur impérial, qui doit agir d'office pour faire prononcer la déchéance du grevé ainsi que le prescrit l'article 1057. La seconde formalité prescrite dans l'intérêt des appelés consiste dans un inventaire des biens et effets composant la succession du disposant; il doit être fait à la requête du grevé, et dans le cas où il négligerait d'y procéder dans le délai fixé, l'article 1061 dispose qu'il sera satisfait aux prescriptions des articles 1059 et 1060 à la diligence du procureur impérial, qui est chargé de surveiller les intérêts des appelés à la substitution.

61. *Hypothèques.* Le ministère public est partie principale dans les demandes en restriction d'hypothèques légales formées par les maris et les tuteurs; en ces matières les jugements ne sont rendus qu'après qu'il a été entendu et contradictoirement avec lui (art. 2145 du Code Napoléon); les termes de la loi impliquant nécessairement l'action directe du procureur impérial, il ne doit pas seulement donner des conclusions, son rôle ne se borne pas à une simple intervention, il est le contradicteur du mari ou du tuteur, il lui appartient de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux sûretés accordées à la femme et au mineur, et la décision n'est rendue que lorsqu'il aura été mis à même de discuter les garanties offertes; sa qualité de contradicteur donne à sa présence au débat un caractère spécial et déterminé, il est en réalité partie intéressée. Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de cassation, à la date du 3 décembre 1844, qui reconnaît au ministère public le droit d'interjeter appel d'un jugement qui admet la restriction de l'hypothèque légale d'une femme mariée,

62. *Expropriation pour cause d'utilité publique.* Les lois

civiles de tous les temps ont garanti l'inviolabilité des propriétés; ce grand principe souffre toutefois une exception qui est formulée dans l'article 545 du Code Napoléon. Après l'accomplissement de certaines formalités et dans un but d'intérêt général dûment constaté, les particuliers peuvent être contraints à céder leurs héritages moyennant une juste et préalable indemnité; c'est la loi du 3 mai 1841 qui règle les formalités à remplir en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique; le préfet transmet les pièces au procureur impérial du ressort dans lequel les biens sont situés, et ce magistrat, dans des conclusions formulées, requiert l'expropriation des terrains ou bâtiments indiqués dans l'arrêté du préfet; il fait en outre nommer le jury spécial chargé de fixer l'indemnité sous la direction du magistrat qui préside les opérations.

63. *Fabriques d'église.* Les biens des églises sont administrés par un conseil de fabrique dont le décret du 30 décembre 1809 règle l'organisation et les attributions; un des membres est nommé trésorier, il a la garde des deniers et des titres de la fabrique, il perçoit tous les fonds qui, à quelque titre que ce soit, appartiennent à la fabrique (art. 25); par cela seul qu'il est administrateur comptable d'un établissement public, il est responsable de sa gestion; ses biens sont frappés d'une hypothèque légale au profit de la fabrique, et il peut, le cas échéant, être condamné même par corps. Le trésorier est tenu tous les ans, dans la séance du premier dimanche du mois de mars, de présenter ses comptes au bureau des marguilliers; ils sont rendus, débattus et réglés en la forme administrative. Lorsque le compte est arrêté, le reliquat est remis au trésorier en exercice qui est tenu de s'en charger en recette; faute par son prédécesseur de présenter son compte à l'époque fixée et d'en payer le reliquat s'il y en a, il doit, dans le mois au plus tard, faire les diligences nécessaires pour l'y contraindre, et à son défaut le procureur impérial est tenu, même d'office, de poursuivre le comptable devant le tribunal de première instance pour le faire condamner à payer le reliquat, conformément aux dispositions de l'article 90 du décret précité.

64. *Brevet d'invention.* Cette matière est régie par la loi du 5 juillet 1844; ses dispositions garantissent aux auteurs d'une nouvelle découverte les avantages d'une exploitation exclusive pendant un temps déterminé. Sans doute une idée nouvelle

émise et propagée ne peut pas, comme une chose matérielle, se concentrer dans les mains d'un seul et faire l'objet d'une propriété privée, mais, comme il est juste de récompenser celui dont les découvertes rendent d'utiles services à la société, le gouvernement lui confère un titre appelé *brevet d'invention*, en vertu duquel il aura le droit exclusif d'exploiter à son profit, sous les conditions déterminées et pendant un certain temps, sa découverte ou son invention.

Plusieurs causes peuvent entraîner la chute d'un brevet d'invention, la loi les divise en deux catégories : ce sont les nullités et les déchéances, les premières tiennent à l'ordre public; le vice du brevet remonte jusqu'au moment où il a été délivré, et l'invention n'a pu, à aucun moment, être l'objet d'un privilège particulier; les secondes tiennent à l'intérêt privé, le brevet valable dans son origine a été justement conféré, mais il est vicié dans son cours par des circonstances déterminées, et la loi dès lors lui retire ses faveurs.

L'action en déchéance et l'action en nullité peuvent être exercées par toute personne ayant intérêt. Le ministère public peut se rendre partie intervenante dans l'instance et prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance absolue du brevet; il peut aussi agir directement par voie d'action en nullité : 1° lorsque le brevet n'a pour objet qu'une découverte, invention ou application qui n'est pas susceptible d'être brevetée; 2° lorsque la découverte ou invention est reconnue contraire à l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs ou aux lois du royaume; 3° lorsque le titre sous lequel le brevet a été donné indique frauduleusement autre chose que le véritable objet de l'invention (loi du 5 juillet 1844, article 37).

65. *Lycées*. Le recouvrement des sommes dues par les parents des élèves particuliers ou simples demi-boursiers est poursuivi devant les tribunaux civils, par le procureur impérial partie principale, à la requête des proviseurs; ces instances sont suivies sans frais à la chambre du conseil; en cas d'indigence constatée, le ministre de l'instruction publique peut arrêter les poursuites et accorder aux débiteurs des dégrèvements partiels ou une décharge entière (décret du 1<sup>er</sup> juillet 1809 et ordonnance du 12 mars 1817).

66. *Réquisitions pour faire prononcer les amendes dans l'in-*



*térêt du fisc.* L'amende en matière civile est la condamnation pécuniaire prononcée par la loi contre l'officier public, l'officier ministériel ou le simple particulier, pour contraventions purement civiles, disciplinaires ou fiscales. Les amendes ne sont pas arbitraires, le juge ne les prononce qu'en vertu d'un texte précis; la condamnation est en général provoquée par le ministère public sur ses poursuites directes ou sur ses réquisitions, si la contravention qui y donne lieu se révèle dans une affaire engagée.

La poursuite des amendes encourues par les notaires pour contravention à la loi du 25 ventôse an XI est réservée au ministère public, à la différence de celles qui sont prononcées en matière d'enregistrement, dont le recouvrement se fait par voie de contrainte. Il requiert contre ces officiers publics l'amende de 10 francs pour retard dans le dépôt des répertoires, et celle de 20 francs pour omission du dépôt du contrat de mariage d'un commerçant au greffe du tribunal de commerce et aux chambres des avoués et des notaires (lois du 6 octobre 1791 et du 16 juin 1824). Il requiert contre les officiers ministériels l'amende édictée par l'article 1030 du Code de procédure, pour omission ou contravention dans les exploits ou actes de procédure. Il fait prononcer une amende de 10 francs contre celle des parties qui n'a pas comparu devant le juge de paix, sur la citation en conciliation (art. 56 du Code de procédure civile). Cette amende est encourue aussitôt que l'affaire est portée devant le tribunal, et toute audience doit être refusée à celle des parties qui n'a pas comparu, si elle ne justifie pas du paiement de l'amende. La condamnation prononcée par l'article 56 n'est pas toutefois encourue de plein droit, et la partie qui n'a pas comparu peut en être relevée si elle fait valoir une excuse légitime; aussi rigoureusement, pour que l'amende puisse être perçue, faudrait-il un premier jugement qui la prononçât. Toutefois, dans la pratique, l'on procède différemment : le receveur de l'enregistrement perçoit l'amende sur le vu de la mention du procès-verbal de non-conciliation, et il délivre une quittance de la consignation que la partie défaillante produit devant le tribunal. Le plus souvent même cette justification n'est pas faite, l'instance est suivie et l'amende n'est payée que tout autant que le jugement définitif l'aura prononcée. Cette manière de procéder est très-irrégulière.

lière, elle est contraire aux prescriptions formelles de l'article 56, à l'exécution desquelles le procureur impérial doit tenir la main, et la partie, qui ne justifie pas de la consignation à laquelle elle était préalablement tenue par la non-comparution devant le juge conciliateur, doit être condamnée par défaut.

Le ministère public requiert encore l'amende contre la partie qui a faussement dénié sa signature (art. 213 du Code de procédure), contre le demandeur en faux incident qui se désiste ou qui succombe (art. 246 et 247 du Code de procédure), contre celui qui succombe sur sa demande en renvoi devant un autre tribunal (art. 374 du Code de procédure); contre celui qui aura proposé une récusation de juge qui sera déclarée non admissible ou non recevable (art. 390 du Code de procédure), contre la partie qui succombe dans sa tierce opposition ou dans sa requête civile (art. 479, 474 du Code de procédure), contre l'appelant qui succombe (art. 471 du Code de procédure).

Nous devons rappeler que le ministère public ne cesse pas d'être partie jointe dans les affaires engagées par les parties privées et dans lesquelles il y a lieu de requérir une condamnation à l'amende pour l'une des causes ci-dessus énumérées, il est partie principale et agit en cette qualité dans le point du jugement qui fait l'objet de ses réquisitions.

67. *Action disciplinaire.* Ceux qui rendent la justice et ceux qui par la nature de leurs fonctions s'associent à ses travaux, ont des devoirs rigoureux à remplir, ils sont soumis à des règles professionnelles dont la stricte observation est la garantie de la considération dont chaque corps doit jouir; l'infraction à ces règles est réprimée par le pouvoir disciplinaire chargé de poursuivre les fautes des diverses corporations soumises à sa surveillance.

Les magistrats, en raison de l'importance de leurs fonctions, ont des devoirs plus rigoureux à remplir que ceux des autres hommes; leur conduite doit être exempte de reproches, tout manquement aux obligations qui leur sont imposées par leur profession peut entraîner contre eux une peine disciplinaire, de même que tous actes de la vie privée qui seraient de nature à compromettre la dignité de leur caractère.

Le sénatus-consulte du 16 thermidor an X et la loi du

20 avril 1810 donnent le droit au garde des sceaux de surveiller et de reprendre les tribunaux, les justices de paix et les membres qui les composent; il peut, quand il le juge convenable, mander auprès de lui les membres des Cours et tribunaux à l'effet de s'expliquer sur les actes qui leur sont imputés, et, si la gravité des faits l'exige, il a le droit de déférer le juge inculqué à la Cour de cassation.

La Cour de cassation a le droit de censure et de discipline sur les Cours impériales et les tribunaux; elle peut, pour cause grave, suspendre les juges de première instance comme ceux des Cours impériales. Quant à ces dernières, elles n'ont qu'un droit de surveillance sur les tribunaux civils de leur arondissement.

La loi du 20 avril 1810 donne le droit aux Cours impériales et aux tribunaux de première instance de frapper de peines disciplinaires ceux de leurs membres qui compromettraient la dignité de leur caractère, et quoique la loi ne parle pas de la Cour de cassation, il n'en est pas moins certain que ces dispositions lui sont également applicables.

De tout temps les membres du ministère public, en qualité de représentants du souverain, ont été indépendants des Cours et des tribunaux, qui ne peuvent leur faire des injonctions ni les censurer; les officiers du parquet dont la conduite est répréhensible doivent être rappelés à leur devoir par le procureur général du ressort; il en est rendu compte au ministre de la justice, qui, suivant la gravité des circonstances, leur fait les injonctions nécessaires ou les mande près de lui (art. 60 de la loi du 20 avril 1810), et le droit de surveillance s'exerce sur tous ceux qui remplissent des fonctions d'officiers de police judiciaire autres que les préfets, chefs de leurs départements dans l'ordre administratif.

Les greffiers et les commis-greffiers assermentés sont réputés membres des Cours et tribunaux près desquels ils fonctionnent, aux termes de la loi du 20 avril 1810; pour toute infraction disciplinaire ils peuvent être avertis et réprimandés par les présidents de leurs Cours et tribunaux respectifs, et ils sont dénoncés, s'il y a lieu, au ministre de la justice; après une seconde réprimande, la Cour ou le tribunal peut ordonner, sur la réquisition du ministère public, que le commis-greffier cessera ses fonctions, et le greffier est tenu de le faire rempla-

cer dans le délai qui aura été fixé (décrets des 6 juillet et 28 août 1810).

Les avocats qui sont appelés à éclairer par leur parole les magistrats chargés d'interpréter les lois, les officiers publics et les officiers ministériels qui ont pour mission, soit de constater les conventions des parties, soit de préparer par leurs actes les décisions de la justice et de les faire exécuter, devaient également être soumis à des règles de discipline, et le législateur devait veiller à ce que ceux qu'elle associe à une œuvre aussi grande n'en compromissent pas la majesté par leurs écarts. Pour atteindre ce but, il était nécessaire que la surveillance du pouvoir disciplinaire ne fût pas limitée aux fautes inhérentes aux fonctions et qu'elle embrassât les actions de la vie privée réprouvées par la morale; car la régularité des mœurs et l'honneur de la vie sont aussi essentielles à la considération de l'avocat et de l'officier public que la stricte observation des règles de sa profession.

L'exercice de l'action disciplinaire a été confié à différents pouvoirs chargés d'appliquer des peines déterminées suivant la gravité des faits incriminés. Chaque corporation est en premier lieu soumise à la surveillance de ses chambres de discipline; ces conseils, gardiens vigilants de l'honneur de leur compagnie, sont institués pour défendre leurs prérogatives et leurs droits, veiller à l'exécution des lois et règlements qui les concernent et rappeler leurs devoirs à ceux de leurs membres qui s'en écarteraient. Les fautes de discipline commises par les avocats et les officiers ministériels aux audiences d'une Cour ou d'un tribunal, sont immédiatement réprimées par la juridiction devant laquelle elles sont découvertes, ainsi que nous le verrons en traitant des délits d'audience.

Enfin le ministère public est spécialement chargé par la loi du 20 avril 1810 de la surveillance de tous les officiers ministériels et des notaires; il les poursuit directement devant les tribunaux compétents pour toutes les fautes qui, à cause de leur gravité, ne peuvent pas être réprimées par les chambres de discipline, et il provoque contre eux les peines disciplinaires énumérées dans l'article 102 du décret du 30 mars 1808 et l'article 53 de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat. L'action du ministère public en cette matière est des plus étendues, elle se place en dehors de la loi, elle n'a pas seulement pour

but d'atteindre les faits caractérisés, elle s'étend à tous ceux que le législateur n'a pu ni prévoir ni punir, qui blessent l'honneur et la délicatesse du corps ou de la profession à laquelle appartient l'officier ministériel ou l'officier public; elle est indépendante de l'action criminelle, et son exercice ne fait point obstacle à ce que des poursuites soient ultérieurement dirigées devant les tribunaux répressifs pour le même fait, sans qu'il y ait violation de la règle *non bis in idem*; elle est imprescriptible, car le temps ne relève jamais des forfaitures à l'honneur; elle n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice causé aux parties, et comme l'action du ministère public est indépendante du droit de surveillance et de police attribué aux chambres de discipline, il peut poursuivre devant les tribunaux sans prendre l'avis de la chambre, mais il doit préalablement consulter le procureur général et demander son agrément.

C'est au tribunal assemblé en chambre du conseil qu'il appartient de prononcer des peines de discipline contre les officiers ministériels; les juges suppléants sont appelés à prendre part à la délibération, mais ils n'ont que voix consultative, à moins que le tribunal ne se trouve pas composé du nombre de juges titulaires prescrit par la loi. L'officier ministériel inculqué doit être mis en demeure de fournir ses explications, il est entendu dans ses moyens de défense, rien ne s'oppose à ce qu'il se fasse assister d'un défenseur. Aucune forme particulière n'est prescrite pour la sommation qui lui est donnée, elle doit toutefois faire connaître les griefs. Si le tribunal n'est pas suffisamment éclairé, il peut ordonner tels moyens d'instruction qu'il jugera convenable; le débat n'est pas public, et la décision est prononcée à la chambre du conseil, en présence de toutes parties; elle serait rendue par défaut si l'officier ministériel refusait d'obéir à la sommation. La décision rendue par le tribunal n'est susceptible d'aucun recours, elle est adressée avec un rapport par le procureur impérial au procureur général, qui la transmet au garde des sceaux, et ce dernier maintient la peine infligée ou l'élève si elle ne lui paraît pas assez sévère; il peut même prononcer la destitution s'il y a lieu (art. 103 du décret du 30 mars 1808). La décision ne devient donc définitive et ne peut être mise à exécution que lorsqu'elle a reçu sa sanction.

Les notaires poursuivis disciplinairement ne sont pas appelés devant la chambre du conseil, ils sont cités devant le tribunal civil, et l'affaire est instruite et jugée dans les formes ordinaires de procédure. Au ministère public seul appartient le droit de les poursuivre, l'exploit d'assignation doit être donné dans les délais ordinaires des ajournements, il doit contenir l'exposé sommaire des moyens à l'appui des poursuites, et les témoins cités doivent être dénoncés dans les délais fixés par la loi; l'assistance d'un avoué n'est pas nécessaire en cette matière, le notaire poursuivi doit comparaître en personne pour fournir ses explications, il peut aussi se faire représenter par un avoué, et le jugement dans ce cas est rendu contradictoirement. Les actions disciplinaires requièrent célérité, elles peuvent être jugées par la chambre des vacations, il est statué en audience publique, sauf les cas où il y aurait lieu d'ordonner le huis clos. Les jugements rendus en cette matière ne sont pas susceptibles d'opposition, ils sont sujets à l'appel; cette voie est ouverte au ministère public comme au notaire condamné, il doit être interjeté dans les délais ordinaires et suivant les formes de la procédure civile; les jugements disciplinaires sont exécutoires par provision nonobstant appel, excepté quant aux condamnations pécuniaires (loi du 25 ventôse an XI, art. 53). Le recours en cassation est ouvert contre les décisions rendues en dernier ressort.

68. *Délits d'audience.* La tranquillité de l'audience et la dignité de la justice peuvent être troublées, soit par des interruptions ou des tumultes, soit par des outrages adressés au magistrat, soit enfin par des actes prévus par la loi pénale et qualifiés crimes ou délits. Ces faits répréhensibles font, suivant les cas, l'objet d'une juridiction exceptionnelle attribuée aux Cours et aux tribunaux devant lesquels ils se produisent, et ils donnent lieu à une répression qui diffère suivant la nature des fautes et la qualité des coupables; la répression en pareil cas doit être prompte pour être efficace, et comme le magistrat est témoin du délit, il en est le meilleur appréciateur et le juge le plus compétent; l'intervention du ministère public est souvent inutile, elle n'est jamais indispensable, mais si le tribunal paraissait disposé à laisser impunis les faits répréhensibles qui se produiraient à son audience, le magistrat du parquet

devrait prendre des réquisitions pour venger l'offense faite à la loi, et il agirait par voie d'action directe.

Il appartient à tous les tribunaux et à tous ceux qui remplissent isolément des fonctions judiciaires ou administratives, de prendre des mesures pour rétablir dans l'assemblée le silence s'il est troublé, ou faire cesser le tumulte qu'exciteraient les signes d'approbation ou d'improbation; tous ces cas sont prévus dans les articles 89 du Code de procédure, 504 et 509 du Code d'instruction criminelle. Les mesures ainsi prises sont des actes de police, elles sont exercées par celui qui préside l'audience ou la réunion sans procédure ni formalités, il n'est nécessaire d'entendre ni réquisitions ni défenses, il n'y a pas de jugement à prononcer, car il n'y a pas de peine à appliquer, il s'agit de rétablir l'ordre momentanément troublé.

Dans les cas ci-dessus spécifiés, si le tumulte est accompagné d'injures ou de voies de fait, il prend les caractères d'un délit qui doit être réprimé sans désemparer, ainsi qu'il est dit à l'article 505 du Code d'instruction criminelle; ses dispositions sont applicables quelle que soit la personne outragée et sans qu'une plainte préalable soit nécessaire, car ce que la loi considère surtout, c'est l'irrévérence faite à la justice. Si le ministère public est présent, il convient qu'il soit entendu, sans que son silence puisse être considéré comme une irrégularité; mais si le président du tribunal, auquel appartient la police de l'audience, ne prenait pas les mesures nécessaires pour la répression d'un délit flagrant, le magistrat du parquet aurait sans contredit le droit et le devoir d'intervenir d'office, car, par la nature de ses fonctions, il est chargé d'une manière générale de la poursuite des crimes et des délits.

Aux termes de l'article 181 du Code d'instruction criminelle, tout délit correctionnel commis à l'audience d'un tribunal ou d'une Cour est jugé, séance tenante, dans les formes que nous avons ci-dessus indiquées; mais cette juridiction exceptionnelle est restreinte aux tribunaux civils, aux Cours impériales et à la Cour de cassation. Si l'infraction commise à l'audience d'une Cour prend les proportions d'un crime, il est jugé sans désemparer (art. 507 du Code d'instruction criminelle). Mais les dispositions exceptionnelles de cet article ne doivent pas être étendues, elles investissent les Cours seules d'une juridiction particulière; ainsi le crime commis devant tout autre tri-

bunal doit être instruit dans les formes indiquées dans l'article 506 du Code d'instruction criminelle.

Les personnes qui remplissent une fonction près le tribunal ou la Cour sont soumises à une répression particulière pour les fautes qu'elles commettent à l'audience ou qui y sont découvertes; ainsi l'article 90 du Code de procédure édicte contre elles une pénalité spéciale pour les troubles spécifiés dans l'article 89 du même Code; les fautes de discipline sont jugées, séance tenante, par la Cour ou le tribunal à l'audience desquels elles ont été commises ou découvertes, tel est l'objet des dispositions des articles 1036 du Code de procédure et 103 du décret du 30 mars 1808; cette juridiction exceptionnelle des Cours ou des tribunaux ne peut s'exercer qu'à l'égard des officiers ministériels remplissant leurs fonctions près cette Cour ou ce tribunal, par conséquent le décret de 1808 n'est pas applicable aux notaires, qui même pour les fautes découvertes à l'audience ne peuvent être traduits devant le tribunal de première instance que sur une poursuite intentée d'office à la requête du ministère public. Le législateur suppose, en effet, que la faute de discipline est commise devant les juges appelés à la réprimer, ou que celui qui s'en est rendu coupable est présent à l'audience à laquelle l'infraction est découverte, et que par conséquent l'on peut sans inconvénient juger l'incident sans déssemparer; c'est dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence des Cours <sup>1</sup>.

Les articles 39 du décret du 14 décembre 1810, 18, 19 et 43 du décret du 20 novembre 1822 sont relatifs aux fautes de discipline commises à l'audience par les avocats, et l'article 103 du décret du 30 mars 1808 précité leur est applicable comme aux officiers ministériels. La liberté de la défense est un droit sacré qui donne aux parties la latitude de produire devant les tribunaux tels écrits qu'ils jugeront utiles, ou de faire dire ce qu'ils croiront nécessaire dans l'intérêt de leur cause, mais si dans leurs écrits ou leurs discours les parties ou les avocats sortent des bornes d'une légitime défense, il appartient au président de les arrêter, et les juges saisis de la cause peuvent, s'il y a lieu, en statuant sur le fond, prononcer la suppression des écrits, condamner à des dommages-inté-

<sup>1</sup> Cassation, 29 mars 1841, 29 décembre 1845. — Orléans, 22 février 1845.



rêts, faire des injonctions aux avocats et aux officiers ministériels, ou même les suspendre de leurs fonctions.

Les imputations injurieuses et diffamatoires produites dans le cours d'un procès dans une plaidoirie, ou dans des écrits signifiés ou distribués aux juges saisis de l'affaire, ne peuvent donner ouverture à l'action publique qu'autant que ces imputations sont étrangères à la cause et qu'il aura été fait des réserves à cet égard par le tribunal; ces règles se trouvent tracées par l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, et si le juge n'a ni réprimé ni réservé l'action, il y a présomption que la plaidoirie n'est pas sortie des bornes d'une légitime défense. Il appartient aux tiers diffamés ou injuriés d'intenter une action en dommages-intérêts sans qu'il y ait eu réserves préalables, la loi précitée renferme une exception à cet égard. L'article 23 de la loi du 17 mai 1819 ne s'applique qu'aux diffamations commises envers les parties ou des tiers, les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux qui attaqueraient l'ordre public, les lois, la religion, la morale ou le gouvernement constitueraient des délits qui tomberaient sous l'empire du droit commun et qui devraient être poursuivis devant les tribunaux compétents, suivant les règles ordinaires.

Rappelons en finissant que le tribunal peut toujours agir d'office et qu'il n'a pas besoin, pour être saisi, de l'intervention du ministère public, car, quel que soit le fait à réprimer, il exerce en quelque sorte un droit de légitime défense, puisque l'outrage est fait à la majesté de la justice; mais si le président laissait une trop grande latitude aux plaidoiries et ne réprimait pas les écarts de parole, il appartiendrait au magistrat du parquet de prendre des réquisitions, dans le cas même où sa personne serait l'objet de ces attaques.

69. *Mesures à prendre à l'occasion de certains délits révélés à l'audience. Faux.* Nous avons déjà vu que la partie à laquelle on oppose dans le cours d'un procès une pièce qui préjudicie à ses droits et qu'elle prétend être fautive, n'est pas obligée pour la faire rejeter de se pourvoir par les voies criminelles, et qu'il lui suffit de s'inscrire en faux contre la pièce produite, conformément aux dispositions des articles 214 et suivants du Code de procédure civile; le faux incident s'adresse à la pièce seulement, et celui auquel on l'oppose, agissant dans un inté-

rêt purement privé, n'a pas à rechercher l'auteur du faux, il lui importe même peu que celui qui la produit fasse sciemment usage d'une pièce fabriquée ou falsifiée, pourvu qu'il parvienne à la faire bannir du débat; mais si les éléments du procès révèlent à un moment quelconque des indices de culpabilité contre l'auteur ou les complices du faux, le ministère public doit prendre des réquisitions pour que la pièce incriminée soit remise au greffe, si déjà le dépôt n'en a pas été fait; il saisit alors la justice criminelle et il est sursis au procès civil, car l'intérêt de la société l'emportant sur l'intérêt privé, les poursuites de faux principal doivent avoir la priorité sur la procédure de faux incident, et les mesures à prendre dans ce cas sont tracées dans l'article 462 du Code d'instruction criminelle.

**70. Faux témoignage.** C'est l'altération volontaire de la vérité commise par le témoin qui a été appelé en justice pour y déposer en cette qualité, conformément au serment qu'il a prêté; ainsi les déclarations mensongères faites même sous la foi du serment par un individu appelé par le juge dans le cours d'une instance à fournir des renseignements, ne constitueraient pas un faux témoignage.

Devant la juridiction civile, les témoins ne sont entendus à l'audience qu'en matière sommaire; en matière ordinaire, l'enquête se fait devant un juge désigné pour recevoir les dépositions des témoins et dresser procès-verbal de son opération. Si un faux témoignage se produit à l'audience civile, le ministère public doit faire demander au témoin s'il persiste dans ses déclarations, il fait dresser procès-verbal de sa déposition, des interpellations qui lui sont adressées et de ses réponses; si le témoin persiste, il requiert son arrestation et saisit la justice criminelle. Si le faux témoignage s'est produit en dehors de l'audience devant le juge-enquêteur, le ministère public soumet au tribunal les éléments à l'aide desquels la déposition peut être inculpée, et il fait ses réserves pour intenter l'action criminelle par les voies ordinaires.

Il semblerait résulter du principe que le criminel tient le civil en suspens, que toutes les fois qu'un témoignage donne lieu à des poursuites criminelles il y a lieu pour le juge civil de surseoir jusqu'à la décision à rendre sur la poursuite criminelle, mais il n'en est pas toujours ainsi, et le juge civil peut

aussi bien que le juge criminel passer outre si la déposition incriminée n'est pas de nature à influencer sur la décision à rendre.

Le coupable de faux témoignage en matière civile n'est plus puni que d'un simple emprisonnement depuis la loi de 1863, c'est donc un délit qui se produit à l'audience, toutes les fois du moins que l'enquête se fait devant le tribunal; mais par exception le faux témoignage est rarement jugé séance tenante, il donne lieu dans tous les cas à des poursuites qui sont intentées dans la forme ordinaire devant la juridiction criminelle compétente.

71. *Faux serment.* Lorsqu'une partie ne croit pas avoir une preuve suffisante de la convention qu'elle allègue, ou du fait qui sert de fondement à sa demande, ou à son exception, elle peut déférer le serment à la partie adverse pour en faire dépendre le jugement de la cause, pourvu toutefois qu'il ne s'agisse pas d'établir une convention dont la preuve est rejetée par la loi, ou qui, pour être obligatoire, devrait être constatée par un acte passé suivant les formalités requises; le serment dans ce cas prend le nom de serment décisoire, il termine le différend, il a tous les caractères d'une transaction contre laquelle on ne peut revenir, lors même que la fausseté du serment pourrait être établie.

Si les preuves sont insuffisantes, le juge peut lui-même déférer le serment à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause, on l'appelle serment supplétif; il peut être déféré en général sur les mêmes contestations que celles qui donnent lieu au serment décisoire, mais il faut que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée et qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves; hors ces deux cas, le juge doit adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

La loi autorise encore le créancier à déférer à son adversaire, qui se retranche dans la prescription abrégée des articles 2271, 2272 et 2273 du Code Napoléon, le serment décisoire sur la question de savoir s'il a réellement payé; les prescriptions de courte durée reposent sur une présomption de paiement qui a besoin d'être fortifiée par une affirmation faite en justice.

Le serment prêté termine la contestation, il fait preuve irré-

fragable, il tient lieu de jugement, car il a force de chose jugée en dernier ressort; lorsqu'il a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté par témoins, ne perdons pas de vue en effet que le serment sert à établir l'existence d'une convention qui ne peut pas être prouvée par témoins, et que ce serait par conséquent faire indirectement ce que la loi a formellement défendu. Toutefois, comme l'intérêt de la société exige que le parjure ne reste pas impuni, le ministère public doit poursuivre le faux serment, car la loi le qualifie de crime et le punit de la dégradation civile. Le droit de ce magistrat est certain, l'on ne saurait le contester en principe, il a son fondement dans l'article 366 du Code pénal; mais quels sont les genres de preuves admissibles en cette matière? Telle est la question délicate. On pense généralement que quand il s'agit d'une valeur de plus de 150 francs, la preuve du fait criminel ne pouvant être établie que par celle du fait civil, on rentre dans les règles prescrites pour la preuve des obligations, et que ce principe est indistinctement applicable au ministère public et à la partie privée <sup>1</sup>. L'efficacité de la poursuite est donc subordonnée en pareil cas à l'existence d'une preuve écrite ou d'un commencement de preuve par écrit que le juge peut puiser à défaut de tout autre élément, soit dans le procès-verbal de non-conciliation, soit dans la comparution personnelle des parties qui précédera le plus souvent la prestation de serment.

## SECTION II.

*De l'action directe du ministère public dans les cas non spécifiés par la loi.*

## SOMMAIRE.

- 72. Son rôle reçoit une plus grande extension dans le § 2 de l'article 46.
- 73. État civil.
- 74. Mariage.
- 75. Nullités d'ordre public.

72. Nous avons successivement examiné, dans la section précédente, les dispositions spéciales de la loi qui donnent au ministère public le pouvoir d'agir directement en matière

<sup>1</sup> Toullier, Merlin, Ortolan et Ledeau. — Cassation, 16 août 1844.

civile, mais son rôle limité et circonscrit dans la première partie de l'article 46 de la loi de 1810, reçoit dans la seconde une plus grande extension; sa mission, tout d'abord moins active, se renferme dans les limites d'un droit de surveillance; il est chargé de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; les actes de l'autorité, on le conçoit, seraient lettre morte, si l'on ne donnait en même temps les moyens de contraindre à l'obéissance de ce qu'ils ordonnent, sans qu'il soit même nécessaire de recourir à la justice pour faire prescrire l'accomplissement de ses mandements; mais s'il ne s'agit plus de jugements déjà rendus, mais de jugements à rendre pour assurer l'exécution d'une loi violée dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, c'est alors qu'il lui appartient d'agir d'office, de saisir les tribunaux, de provoquer la décision, et son pouvoir s'étend dès lors au delà des cas spécifiés par la loi.

C'est à tort, selon nous, que l'on a essayé de prétendre que l'action directe n'a été déléguée aux magistrats du parquet qu'exceptionnellement et seulement dans les cas spéciaux prévus par la loi, il est plus vrai de dire, au contraire, que le législateur de 1810 n'a pas entendu paralyser leur action, puisque la règle générale est formulée d'une manière bien précise dans les termes si clairs de la loi qui leur donnent pouvoir d'agir d'office pour l'exécution de toutes les dispositions dans lesquelles l'ordre public est intéressé; faisons remarquer que c'est le même intérêt qui est en jeu dans tous les cas spéciaux pour lesquels la compétence du ministère public est nettement caractérisée; or, comme les questions qui touchent à l'ordre public sont indéfinies, il fallait généraliser le principe et donner au seul organe de la société le droit d'agir directement partout où l'ordre public, principal intéressé, ne peut avoir d'autre défenseur que le mandataire de cet ordre social troublé. Telle a été la pensée du législateur; elle se révèle clairement dans les dispositions qui font l'objet de notre examen.

Il est beaucoup de circonstances en dehors des cas réglés par les lois qui réclament l'intervention du ministère public, il serait difficile de les énumérer toutes, car l'ordre public peut être diversement intéressé; la sagesse des magistrats est le meilleur guide pour l'interprétation à donner au principe que

nous avons posé, et dont nous essayerons de faire l'application à quelques cas.

73. Nous avons déjà vu que la loi a fixé pour la tenue, le dépôt et la rédaction des actes de l'état civil, certaines règles dont l'inobservation engage la responsabilité des officiers publics et les rend passibles de peines qui sont prononcées sur les poursuites directes du ministère public. Tout ce qui concerne l'état des personnes et les actes qui en sont le fondement, est d'ordre public, car la société est intéressée à ce que la position civile de chaque individu soit exactement déterminée; si donc une personne est désignée dans un acte sous un nom ou une qualification qui ne lui appartient pas, cette désignation serait-elle le résultat d'une erreur ou d'une usurpation volontaire de titres, il y a trouble apporté à l'ordre social par suite de l'incertitude jetée dans l'état civil de l'un de ses membres, et le ministère public aura qualité pour provoquer d'office la rectification d'un acte irrégulier et défectueux; à plus forte raison pourra-t-il intervenir dans l'instance en rectification engagée par la partie et interjeter appel du jugement qui serait rendu contrairement à ses conclusions. Ce point de doctrine, longtemps contesté, a été souverainement jugé dans ce sens par deux arrêts de la Cour de cassation, à la date du 22 janvier 1862, et il ne fait plus aujourd'hui de difficulté.

C'est en vertu de ce même principe que le procureur impérial a le droit et le devoir d'empêcher les parties de prendre dans le cours d'une instance, dans leurs conclusions ou dans les autres actes de la procédure, des noms ou des titres qui ne leur appartiendraient pas; il doit rigoureusement surveiller l'exécution de la loi du 28 mai 1858, qui a eu principalement en vue de défendre toute usurpation de noms et de qualifications nobiliaires.

La loi n'indique pas quelles sont les formalités à remplir pour faire régulariser des actes qui n'ont pas été signés par l'officier de l'état civil qui les a rédigés, mais il appartient au procureur impérial de provoquer du tribunal, dans l'intérêt de l'ordre public, un jugement qui permettra de réparer un aussi grave oubli. Enfin, lorsque par suite d'accidents les registres de l'état civil d'une commune ont été perdus ou détruits, ce magistrat est chargé de prendre les mesures nécessaires, dans l'intérêt des familles et de la société, pour la

recomposition de ces registres (avis du Conseil d'État du 13 nivôse an X et circulaire ministérielle du 4 novembre 1814), et à cet effet le tribunal commet un juge sur ses conclusions, pour procéder à l'enquête qui doit être faite.

74. Nous avons déjà énuméré les cas dans lesquels le ministère public était admis à proposer la nullité d'un mariage, mais aucune disposition de la loi ne lui confère expressément le droit d'y former opposition, de telle sorte qu'il serait contraint, s'il ne pouvait agir, d'attendre que le mariage fût consommé pour en provoquer la nullité. Une telle anomalie serait par trop choquante, car l'on ne comprend pas que le ministère public ne puisse pas empêcher, par exemple, un inceste de se commettre, et qu'il doive laisser le scandale s'accomplir; aussi nous n'hésitons pas à penser qu'en pareil cas il doit prévenir le mal, son droit est certain, car il agira pour l'exécution d'une loi intéressant au plus haut point l'ordre public. Si la société et la famille sont intéressées à ce que les mariages des personnes entre lesquelles il existe des empêchements dirimants soient annulés, un plus grand intérêt veut que le lien qui unit deux époux ne soit pas légèrement brisé si leur union a été d'ailleurs régulièrement contractée, aussi est-on généralement d'accord pour reconnaître au ministère public le droit d'interjeter appel d'un jugement dans lequel il n'aurait été que partie jointe, qui, contrairement à ses conclusions, prononcerait l'annulation d'un mariage. Il puisera son droit d'action dans le § 2 de l'article 46 de la loi de 1810, qui fait l'objet de notre examen <sup>1</sup>.

75. L'action directe du ministère public est encore provoquée, dans certains cas, par les circonstances dans lesquelles le litige est engagé par les parties privées; ainsi nous avons déjà vu que l'incompétence *ratione materiæ* du tribunal, que l'omission du préliminaire de conciliation toutes les fois que cette formalité est exigée, que le défaut d'autorisation sans lequel certaines personnes ne peuvent ester en justice, que la fin de non-recevoir résultant du dernier ressort, constituent des exceptions d'ordre public que le tribunal peut relever d'office et qui peuvent être proposées à plus forte raison par le procureur impérial, nonobstant le silence des parties; mais

<sup>1</sup> Agen, 14 janvier 1818. — Toullier, Merlin, Valette sur Proudhon.

rappelons en même temps que s'il devient partie principale dans l'incident qu'il soulève, son intervention ne transforme pas son rôle, il est partie jointe dans la cause, et nous nous en référons sur ce point aux développements que nous avons déjà donnés.

## SECTION III.

*Formes dans lesquelles l'action directe doit être intentée.*

## SOMMAIRE.

76. Cas dans lesquels le ministère public a lui-même saisi les tribunaux.  
 77. Cas dans lesquels l'intérêt public se révèle dans un procès privé.

76. Quand le ministère public, agissant d'office comme partie principale, exerce l'action directe, il saisit lui-même les tribunaux, il dirige le litige et prépare la décision à intervenir; il est toujours dispensé du préliminaire de la conciliation, il n'est point obligé de constituer avoué, les actes de procédure sont faits à sa requête, il élit domicile à son parquet, c'est là que toutes les significations doivent lui être faites. Il est soumis aux mêmes règles et aux mêmes formes de procéder que les parties ordinaires, il peut opposer les mêmes exceptions et les mêmes moyens, il doit le faire dans le même ordre et dans les mêmes délais. Il somme la partie adverse de comparaître devant le juge par un exploit d'ajournement qu'il fait signifier dans la forme prescrite par l'article 61 du Code de procédure civile, la cause est appelée sur simple cartel, elle est immédiatement plaidée ou fixée à une autre audience. Dans toutes les causes, autres que celles dans lesquelles il s'agit de condamnations à prononcer pour contraventions civiles, la partie sommée doit constituer avoué; si l'affaire n'est pas susceptible de recevoir jugement, le tribunal ordonne tels moyens d'instruction qu'il jugera nécessaires dans la forme indiquée par le Code de procédure civile, et le ministère public assiste à toutes les opérations et voies d'instruction qui ont été ordonnées.

Dans les poursuites dirigées contre les officiers de l'état civil, pour contraventions commises dans les actes confiés à leur rédaction, ou contre les officiers ministériels et les officiers publics pour faire prononcer les amendes qu'ils ont encourues, l'assistance d'un avoué n'est pas nécessaire. La partie



sommée comparait en personne pour fournir ses explications, à moins qu'elle ne se fasse représenter, mais l'affaire est jugée civilement dans les formes ci-dessus rappelées.

77. Quand les parties privées ont elles-mêmes saisi les tribunaux d'un litige dans lequel se révèle tout à coup un intérêt d'ordre public dont la surveillance appartient au ministère public, la cause se trouve liée par son intervention, il se présente en cette qualité en se conformant aux dispositions des articles 330 et suivants du Code de procédure civile, et il est rendu sur l'incident un jugement particulier dans lequel il figure comme partie principale.

Toutes les fois qu'il y a lieu dans l'intérêt du fisc de faire prononcer les amendes encourues par les parties, le ministère public prend de simples réquisitions qui n'ont pas besoin d'être signifiées, il suffit d'en faire mention dans le jugement.

Les actes de procédure faits à la requête du ministère public sont faits sur papier libre visé pour timbre, ils sont enregistrés gratis en débet, les frais de signification sont payés comme frais de justice criminelle par les receveurs de l'enregistrement. Le procureur impérial ne peut jamais être condamné à des dommages-intérêts envers les parties ni aux dépens; quand il se pourvoit contre un jugement, il est dispensé de consigner l'amende, il n'a pas besoin également de la consultation exigée par l'article 495 du Code de procédure pour se pourvoir par la voie de la requête civile. Il assiste à toutes les audiences, et par conséquent il ne peut jamais être donné défaut contre lui faute de comparaître, il peut attaquer les jugements rendus à sa requête par toutes les voies ouvertes aux plaideurs ordinaires, en se conformant aux règles tracées par le Code de procédure civile.

ÉDOUARD PERIER.

## BIBLIOGRAPHIE.

## COURS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ROMAIN,

Par M. Ch. DEMANGEAT, professeur à la Faculté de Paris<sup>1</sup>.

Compte rendu par M. G. BOISSONADE,  
agrégé, chargé d'un cours de droit romain à la Faculté de Grenoble<sup>2</sup>.

Nous sommes en retard pour apprécier le deuxième et dernier volume du *Cours élémentaire de droit romain* de M. Demangeat. Heureusement, les ouvrages du savant professeur n'ont pas besoin de nos éloges pour prendre dans la littérature juridique la place qui leur appartient : la réputation de leur auteur est désormais assez solidement établie pour que tout ce qui sort de sa plume excite, tout d'abord, une vive et légitime curiosité.

Le second volume, dont nous avons à parler, correspond aux deux derniers livres des *Institutes* de Justinien ; il est, par son objet, plus important encore que le premier volume ; car il comprend, outre les *Successions* légitimes ou *ab intestat*, la matière capitale des *Obligations* et celle, si difficile et si curieuse, de la procédure ou des *Actions*. Il n'est pas traité avec moins de soin que le précédent ; nous y avons retrouvé la même sûreté de doctrine et la même exactitude dans les détails ; mais disons-le de suite, pour que nos éloges ne soient pas suspects d'une complaisante confraternité, nous y avons retrouvé les mêmes imperfections, et ce sont surtout ces points faibles ou défectueux (au moins à notre avis) qui nous occuperont. C'est n'est pas qu'il ne nous serait bien plus agréable, et qu'il ne conviendrait mieux à nos sentiments pour l'auteur, d'insister sur le mérite d'un grand nombre de parties de l'ouvrage ; mais, pour ces points, il suffit de les signaler : le lecteur, déjà prévenu en faveur de l'œuvre, n'a pas besoin d'aide pour en reconnaître l'exactitude et le soin, en un mot, toute la valeur. Au

<sup>1</sup> Deux forts vol. in-8° ; Paris, Marescq aîné, éditeur, 1865-1866.

<sup>2</sup> V. le compte rendu du premier volume au tome XXVI de la *Revue*, p. 272 et suiv.

contraire, quand l'auteur nous paraît, sur certains points, un guide moins sûr ou un interprète moins heureux que ses devanciers, nous ne nous croirons pas le droit de dire, comme notre auteur le fait quelque part : « Évidemment cette raison n'est pas bonne » (p. 444); la critique a d'autres devoirs, elle doit à l'auteur et au lecteur, elle se doit à elle-même, de justifier ce qu'elle avance : il faut qu'elle puisse être jugée à son tour.

Mais d'abord nous n'avons que des éloges à donner à toute la partie consacrée aux *Successions ab intestat* ; il y a là 140 pages où se trouvent exposées très-méthodiquement, et avec une grande abondance de détails utiles, les vicissitudes du droit de succession, depuis la loi des Douze Tables jusqu'à Justinien dont les *Novelles* ont complété les ingénieux correctifs du préteur et les innovations des empereurs du Bas-Empire, dans le sens d'un retour au droit naturel; c'est ainsi qu'elles sont devenues la base de notre système actuel de successions.

La matière des *Obligations* est la plus importante, c'est aussi celle où nous avons le plus à reprendre. Du reste, empressons-nous de le dire à l'avance, nos reproches ne porteront, le plus souvent, que sur des lacunes, des prétérations, c'est-à-dire sur l'insuffisance des explications; car M. Demangeat est un esprit trop sûr et trop exact, il a une trop complète connaissance des matières dont il traite, pour qu'il soit possible de surprendre chez lui une erreur véritable, une inexactitude certaine. Mais bien souvent nous nous sommes demandé (et nous ne sommes pas seul à le faire) pour quelle classe de lecteurs il a voulu écrire. Est-ce pour les romanistes éprouvés, pour les seuls amis de la science pure, pour la docte Allemagne surtout (puisque notre urbanité française a coutume de reporter à l'Allemagne tout l'honneur des progrès de la science du droit romain dans les temps modernes)? Dans ce cas, le cadre du livre est trop étroit : non que le titre de *Cours élémentaire* soit trop modeste (le *Lehrbuch*, le *manuel* de M. de Vangerow s'annonce plus modestement encore); mais s'attacher à l'ordre des *Institutes* de Justinien, suivre ce plan qui n'est rien moins que méthodique et qui passe sous silence tant de théories capitales qu'il faut aller puiser au *Digeste*, ce n'était pas prendre les choses d'assez haut pour marcher de pair avec les grands travaux de l'Allemagne. Il y a longtemps que la savante école

d'outre-Rhin n'a pour le livre de Justinien que la très-médiocre estime qu'il mérite : on n'y voit qu'une ébauche précipitée, mensongèrement appelée *totius scientiæ elementa*, où l'empereur-légiste et ses commissaires ont écourté et mutilé tout ce qui n'était pas leur œuvre, n'ayant qu'un soin véritable, celui de s'y décerner mutuellement de fastueux et ridicules éloges.

Est-ce, au contraire, avec de moins hautes visées, et, comme nous le croyons, pour les élèves de nos Facultés surtout, que M. Demangeat a écrit ses deux volumes ? Alors encore le but nous semble incomplètement atteint : il y a, tout à la fois, trop et trop peu : trop de détails secondaires et pas assez de relief pour les principes. Ainsi l'auteur, qui connaît mieux que personne les textes du Digeste et du Code, en cite un grand nombre qui ne règlent que des espèces plus ou moins intéressantes et qui auraient pu être négligées sans inconvénient ; c'est là surtout ce qui constitue ce défaut de proportions que nous avons déjà signalé au sujet du premier volume. Quant aux principes, l'auteur ne manque pas de les poser, en général, mais il n'en fait pas assez ressortir la portée ou la raison d'être ; de cette façon, plusieurs d'entre eux paraîtront purement théoriques, quand ils ont des conséquences capitales ; d'autres sembleront arbitraires, quand ils sont une nécessité des temps, ou le corollaire d'institutions plus générales.

Maintenant nos observations de détail vont avoir surtout pour objet de signaler ces insuffisances. Nous ne désespérons pas qu'elles puissent amener des additions utiles dans les nombreuses éditions que ne peut manquer d'obtenir l'ouvrage qui nous occupe : il n'est pas sans précédent que les auteurs aient tenu compte de certaines observations de ce genre ; nous en pourrions citer plus d'un illustre exemple ; il est vrai que les critiques étaient venues de plumes plus autorisées que la nôtre.

La théorie des *Obligations* s'ouvre tout naturellement par la détermination, en deux classes, des droits composant le patrimoine ; cette division, qui n'avait été qu'indiquée lors de l'exposé du droit de propriété et de ses démembrements (droits réels, *jura in re*), se retrouve ici, au sujet des droits *personnels* ; mais cette dernière expression, si naturelle, si heureusement consacrée par un usage immémorial, plaît peu à M. Demangeat,

parce que les Romains n'ont pas employé l'expression même de *jus in personam*, et aussi parce qu'elle peut prêter à une confusion avec les servitudes *personnelles* (*servitutes personarum*) qui sont d'ailleurs des droits *réels*, enfin, parce que certains droits *de famille* pourraient être appelés aussi droits personnels. En vérité, c'est là un scrupule exagéré : si l'expression n'est pas employée littéralement par les jurisconsultes romains, cela tient à ce qu'ils ont l'habitude de se conformer au caractère éminemment processif du peuple pour lequel ils écrivent; dès lors, ils sont portés à parler de la sanction du droit (*actio*) plus souvent que du droit lui-même; or, ils disent à chaque instant *actio in personam*; ensuite, la confusion entre le *jus in personam* et la *servitus personæ inhærens* n'est à craindre que chez les très-jeunes juristes, et M. Demangeat nous paraît, sur d'autres points, se préoccuper assez peu d'épargner leurs soins; enfin, les droits de famille, la *manus mariti* et la *patria potestas* ne seront jamais confondus avec des droits pécuniaires : ils s'exercent *sur* une personne *alieni juris*, tandis que les droits personnels s'exercent *contre* une personne d'ailleurs indépendante. — Enfin l'auteur préfère appeler le droit qui nous occupe *droit de créance*, soit; mais ce qui importait surtout, c'était de connaître les conséquences utiles de cette division des droits en deux classes : ceux des lecteurs qui ont besoin que cette division leur soit signalée seraient curieux, sans doute, d'en connaître la portée pratique. Peut-être l'auteur l'a-t-il crue au nombre de nos idées innées, puisque le bon La Fontaine lui-même, qui n'était rien moins que juriste, semblait en avoir un sentiment exact :

Un *tiens* vaut, ce dit-on, mieux que deux *tu l'auras* :  
L'un est sûr, l'autre ne l'est pas !

Le *tiens* c'est le *droit réel* ou de propriété; *tu l'auras*, c'est le *droit personnel* ou de créance.

Les obligations sont classées par l'auteur de trois manières : 1° en civiles et prétoriennes; 2° en obligations proprement dites et en obligations naturelles; 3° en obligations *ex contractu*, *ex delicto* et *ex variis causarum figuris*. Les deux premières divisions sont au point de vue de l'origine ou de la sanction des obligations, la troisième, au point de vue de leurs causes ou sources entre les particuliers. N'était-il pas plus

utile de n'admettre qu'une seule division, celle qui est consacrée par les textes et par l'usage : en obligations civiles, prétoriennes et naturelles (c'était le point de vue capital de la sanction), sauf à examiner, sur chaque classe, ses sources ou causes ?

Voyons à présent quelques détails du fond en suivant, pour plus de clarté, l'ordre des matières.

*Contrats réels* ou formés *re*. — J'aurais voulu, pour les jeunes juristes, qu'il leur fût démontré que la tradition, nécessaire dans le prêt et le dépôt, n'est pas une *forme* exigée arbitrairement par le droit romain et servilement imitée par nous, mais bien qu'elle est une condition imposée par la nature même des choses. Je n'ai pas la moindre connaissance du droit anglais, sa réputation d'ailleurs encourage peu à l'étudier ; mais j'affirme que le prêt et le dépôt (*loan, deposit*) ne s'y forment que par la remise de la chose prêtée ou déposée ; bien plus, je ne doute pas que notre familiarité nouvelle avec les habitants de la Chine et du Japon ne nous fasse bientôt savoir que ces inventeurs universels avaient trouvé cela avant nous ; on ne peut *rendre* que ce qu'on a *reçu* : c'est naïf ; mais je connais bien des bacheliers en droit qui n'ont jamais pu trouver d'eux-mêmes cette raison des contrats formés *re*, par une tradition.

Le prêt des *deniers d'autrui* méritait une plus grande place ; j'aurais désiré que l'auteur indiquât les curieuses combinaisons des droits et obligations respectifs du *tradens*, de l'*accipiens* et du *dominus*, soit avant, soit après la consommation des deniers. — Le commodat, le dépôt et le *gage*, qui, outre l'action *directa*, laissent place à la revendication pour recouvrer la chose même, quand la tradition a été faite par une personne propriétaire, fournissaient une nouvelle occasion au parallèle entre le droit réel et le droit personnel : elle a été négligée.

*Contrats formés verbis*. — La *dictio dotis* en est certainement le moins connu. Fallait-il l'acceptation du mari pour ce mode de constitution ? L'auteur, moins hardi que ses devanciers, ne se hasarde pas à le proposer, sur la foi de Térence (*Andria*, V, 4) qui fait répondre à Pamphile « *Accipio*. » Certes nous ne conseillons pas d'étudier notre ancienne procédure dans *les Plaideurs*, et surtout nos neveux, j'espère, n'étudieront pas la législation sur la *reconnaissance des enfants naturels* dans cer-

tain drame moderne<sup>1</sup> ; mais les comiques et les satiriques grecs et latins nous ont fourni de précieux renseignements dont l'exactitude a pu être vérifiée ensuite ; pourquoi celui de Térence sur la *dictio dotis* ne serait-il pas accepté jusqu'au démenti ? — Mais ce que je serais plus curieux de savoir, c'est l'utilité qu'à côté de la *promissio dotis*, pouvait avoir la *dotis dictio*. Ce mode spécial de constitution de dot était réservé, je le sais, à certaines personnes ; mais comme elles jouissaient aussi du mode commun à tous, de la *promissio*, quel avantage y trouvaient-elles ? Il n'est pas impossible que la délégation d'un tiers débiteur et la novation avec le mari, déjà débiteur lui-même, y gagnassent en simplicité ; mais c'est tout ce que j'entrevois. J'y ai souvent songé sans me satisfaire, et je suis étonné que notre auteur, ni aucun autre que je sache, n'ait eu la même préoccupation.

La *jurata operarum liberti promissio* ne se faisait définitivement qu'après l'affranchissement. Qu'arrivait-il si l'affranchi se refusait alors à se lier par le serment ? Je pense qu'il aurait pu être ramené en esclavage, *ut ingratus*. L'avis de notre savant auteur eût été utile à plusieurs. — Au sujet de cette obligation *verbis*, dont les Institutes ne parlent pas, l'auteur prend la peine de dissiper les doutes qu'on pourrait concevoir sur son maintien dans le droit de Justinien, alors qu'il en est fréquemment question au Digeste. Mais le silence des Institutes mérite-t-il tant d'égards ? Justinien n'y parle pas non plus de la garantie d'éviction dans la vente (et je prends au hasard), est-ce à dire que le vendeur n'en est plus garant ? Il n'y est pas mention non plus des *obligations naturelles*, ni des *voies d'exécution forcée* sur la personne et les biens des débiteurs récalcitrants ; est-ce à dire qu'il n'y avait plus alors que des obligations *munes d'actions*, et aussi que les sentences s'exécutaient désormais *bonâ gratiâ*, au gré du débiteur ? — Mais nous avons dit plus haut ce qu'on peut penser des Institutes de Justinien.

<sup>1</sup> L'histoire a été bien souvent faussée par nos dramaturges, mais jusqu'ici ils n'avaient pas osé travestir la loi. Je voudrais bien que les *gardiens* de l'honnêteté du théâtre fassent quelque peu juristes : ils ne permettraient pas que l'opinion publique soit égarée sur la moralité de la loi ; ils ne laisseraient pas dire sur une scène française, pour le besoin d'une mauvaise pièce (elle n'a même pas de nom), que « la reconnaissance d'un enfant naturel par le père ne peut avoir lieu sans l'aveu de la mère ! »

Sur le point de savoir si le *factum præteritum* peut être envisagé comme une condition, la négative enseignée, p. 195, appuyée d'un texte de Papinien et même affirmée par Justinien, ne me paraît pas suffire pour tous les esprits : il s'en trouvera, je crois, un bon nombre qui ne comprendront pas, sans un peu d'aide, que la *condition* est un événement qui fonde le droit *condit*, et que si l'événement est déjà arrivé, quoique inconnu, il n'est plus qu'un *terme incertain*, et que, dès lors, ce n'est pas lui, mais la convention, qui, en s'y référant, a elle-même fondé le droit.

Quand les auteurs examinent la différence pratique entre la stipulation sous condition et la stipulation à terme, ils songent tout naturellement aux *risques* de la chose due, lesquels sont, dans le premier cas, pour le débiteur, et, dans le second, pour le créancier ; mais, par une pente, toute naturelle aussi, vers ce qui est le plus facile, ils quittent volontiers l'hypothèse de la stipulation pour celle d'une vente, parce qu'il est plus aisé de démontrer que quand le vendeur ne reçoit pas le prix de la chose perdue le risque est pour lui, et dans le cas contraire, qu'il est pour l'acheteur. M. Demangeat n'a pas eu cette faiblesse ; mais négligeant, à tort, l'intérêt des risques, il en a cherché un qui me paraît fort contestable, dans la plus-pétition : je crois que, dans son exemple (p. 185), la condition accomplie *pendente lite*, avec son effet rétroactif, préserverait également le demandeur de la déchéance pour plus-pétition. Pourquoi ne pas supposer plutôt la perte fortuite de la chose due, en prenant une stipulation onéreuse, *novandi causa*, contrat commutatif comme la vente, quoique unilatéral ? La stipulation gratuite elle-même ne serait guère moins intéressante.

L'auteur, du reste, a fait un parallèle très-complet entre les stipulations et les legs conditionnels, à terme, et avec clause pénale (p. 188 et suiv.).

On ne peut, à Rome, pas plus que chez nous, et même moins que chez nous, promettre le fait d'autrui. M. Demangeat place bien la difficulté où elle est (ce que nos commentateurs du Code Napoléon ne font pas toujours) ; mais pour justifier cette prohibition, il dit que l'intention de s'obliger pour autrui ne serait pas assez certaine chez le promettant. Je ne saurais admettre cette explication, et pour deux motifs : d'abord, je ne vois pas ce qu'il y a d'équivoque quand quelqu'un dit : *Titium*



*insulam facturum spondeo, Titium decem daturum promitto*, ensuite si l'on suppose que le promettant a spécialement affirmé son intention de se lier : *sciens prudensque spondeo* (ce qui n'est inusité que comme superflu), il n'est plus possible de douter de sa volonté de s'obliger. Le vrai motif me paraît être, à Rome comme chez nous, que l'on ne peut promettre valablement un fait dont on n'est pas maître : le fait d'autrui est légalement impossible pour le promettant, *de se quemque promittere oportet* (Dig., XLV, 1, 83); au contraire, on pouvait promettre à Rome *se effecturum ut alius daret, faceret*, et, chez nous, on peut *se porter fort* pour un tiers ou promettre de *faire ratifier*, parce que, dans ces cas, on promet son fait personnel.

Je regrette d'être dans un plus complet dissentiment avec M. Demangeat sur la stipulation d'une quantité déterminée à laquelle le promettant aurait répondu par une quantité moindre : *XX spondeo? — X spondeo*. Justinien, avec sa négligence habituelle, a démenti au Digeste (XLV, 1, 1, § 4, et 83, § 3) ce qu'il dit aux Institutes; bien plus, il s'est démenti aux Institutes elles-mêmes et au même titre (III, 19, §§ 5 et 18)! M. Demangeat (p. 222) blâme Justinien de prononcer la nullité entière de la stipulation; il préfère la solution plus bénigne de Paul et Ulpien conservée au Digeste. Sans doute, s'il s'agissait toujours d'une stipulation gratuite, *donandi causa*, le donataire qui demande 20, et auquel on promet 10, pourrait avoir droit à 10, et certes ce n'est pas lui qui soutiendrait la nullité de la promesse; mais on oublie trop que les stipulations gratuites devaient être la rare exception, et que le plus souvent elles avaient lieu comme règlement de compte ou comme moyen de novation, et, dès lors, on comprend très-bien que celui qui stipule 20, au lieu et place d'un esclave qui lui est dû, ou bien, comme nous dirions aujourd'hui, *pour solde de tout compte*, n'entendrait nullement se contenter de 10 que veut bien lui accorder le promettant. Aujourd'hui notre stipulant (qu'on me passe la familiarité des expressions, dans l'intérêt de la démonstration) tournerait le dos à son débiteur et lui dirait : « Il n'y a rien de fait ! » Je suis bien aise, au moins, de pouvoir ici donner raison à Justinien; cela me console un peu d'être en dissentiment avec son interprète.

Notons, au moins, en terminant les stipulations inutiles,

une bonne et complète théorie de l'*infantia* (p. 226 et suiv.) et des diverses périodes de l'impuberté.

Les Institutes ont un titre fort obscurément dénommé *De divisione stipulationum*; M. Demangeat croit expliquer suffisamment cette rubrique en disant qu'il va se placer « au point de vue des circonstances dans lesquelles une stipulation peut intervenir. » Il me semble que plus d'une division des stipulations pourrait être expliquée de la même façon. N'est-il pas plus utile, et tout aussi simple, de dire que le point de vue est, ici, celui de la cause des stipulations qui sont volontaires (*conventionales*) ou forcées (*judiciales, pratoriæ*)?

L'obligation corréale est supérieurement exposée; mais l'obligation *in solidum*, son image affaiblie, est trop laissée dans l'ombre. Il est vrai que M. Demangeat nous a donné lui-même un complet et excellent *Traité* sur ces deux sortes d'obligations; il est donc toujours possible de s'y référer.

De plus amples développements sur la très-difficile matière de l'indivisibilité auraient été, de la part de M. Demangeat, un grand service rendu à tous.

Le fidéjusseur ne peut s'obliger *in duriores causam quam reus*; cela n'empêche pas que l'action dont il est tenu soit *stricti juris*, quand le débiteur peut n'être tenu que d'une action *bonæ fidei*, ou même d'une simple obligation naturelle. Mais suffit-il donc de constater que cette interprétation était admise sans difficulté? J'ai toujours cru que la *durior causa* n'avait lieu (comme dans la plus-pétition) que de quatre façons : *re, tempore, loco, causa* (Dig., XLVI, 1, LL. 8, 16, 34, 38 et 70); or, la nature plus ou moins rigoureuse de la sanction ne rentre dans aucune de ces *duriores causæ*.

Au sujet du *bénéfice de division* accordé au fidéjusseur par Justinien (Nov. 4), M. Demangeat observe, sur la foi de cet empereur, que ce bénéfice avait déjà existé autrefois et qu'il était tombé en désuétude. Mais comment concevoir cela en face de l'effet extinctif de la *litiscontestatio*? Justinien confondait, sans doute, le fidéjusseur ordinaire avec le *fidejussor indemnitate*, ou avec le *mandator pecuniæ credendæ*, lesquels ont toujours joui de ce bénéfice sans être libérés par la *litiscontestatio* avec le *reus*; peut-être encore voyait-il ce bénéfice dans le mandat que pouvait donner le fidéjusseur au créancier de poursuivre le débiteur *ipsius periculo*, mandat dont les Insti-

tutes parlent encore (III, 26, § 2) lorsqu'il paraît devenu inutile. M. Demangeat ne paraît pas avoir vu là de difficulté.

Nous avons dit que, trop souvent, l'auteur se borne à constater les dispositions les plus bizarres de la loi romaine, sans critique ni justification; nous en donnons ici pour exemple l'absence d'observation sur la loi Cornelia qui défendait que le même fidéjusseur s'obligeât, pour le même débiteur, envers le même créancier, dans la même année (*idem, pro eodem, apud eundem, eodem anno*), pour plus de 20,000 sesterces. Je serais tenté de croire qu'il y avait là un moyen de maintenir le crédit public et privé.

*Contrat formé litteris.* — Il est très-bien traité. M. Demangeat termine par une observation très-judicieuse, c'est que le *chirographum*, lorsqu'il ne peut plus être paralysé par l'exception *non numerata pecuniæ*, ne fait pas que le signataire soit obligé *scriptura*; il y a là une présomption de *mutuum* devenue désormais invincible.

*Contrats consensuels.* — M. Demangeat reproduit de Gaius et de Justinien, en les approuvant, une observation dont nous sommes loin de faire le même cas que lui: c'est que, à la différence du contrat verbal et du contrat littéral, les contrats consensuels sont tous synallagmatiques. Mais il n'y a pourtant entre ces deux caractères, consensuel et synallagmatique, aucun rapport de cause à effet; l'observation est donc plutôt dangereuse qu'utile; le mandat d'ailleurs n'est le plus souvent que synallagmatique imparfait, et trois des contrats formés *re* le sont également.

Dans la *vente*, les arrhes, sous Justinien, sont devenues un moyen de dédit, lorsque la perfection du contrat est subordonnée à la rédaction d'un écrit. Ont-elles le même caractère lorsque la vente est parfaite sans écrit, *solo consensu*? M. Demangeat l'admet, et, en cela, il est d'accord avec tous les auteurs modernes. Sans doute, la rédaction malheureuse des Institutes semble autoriser cette solution, contraire d'ailleurs à la raison et à l'équité; mais puisque M. Demangeat reconnaît lui-même que les Institutes n'ont donné que l'analyse de la constitution de l'empereur Justinien (Code, IV, 21, 17), pourquoi n'a-t-il pas songé à s'y référer exclusivement? Or cette constitution, si on la lit attentivement et sans parti pris, ne permet le dédit que dans les ventes encore imparfaites par le

défaut d'écrit, et les mots *sive scriptis*, *sive sine scriptis*, si maladroitement appliqués dans les Institutes à la formation du contrat, se réfèrent, dans le Code, à la dation même des arrhes, laquelle considérée, au début même du texte, comme un contrat particulier et accessoire, pouvait se faire avec ou sans écrit : *Si quæ arrhæ, super faciendâ emptione, cujuscumque rei \*, sive in scriptis, sive sine scriptis \*, datæ sint*<sup>1</sup>.....

Nous aurions désiré un peu plus d'éclaircissements sur la principale obligation du vendeur (*præstare licere habere*), sur la garantie d'éviction et sur la vente des choses hors du commerce, vente qui n'est pas toujours sans effet.

Il est d'usage, chez tous les auteurs, de signaler comme une des particularités du contrat de vente l'obligation pour l'acheteur de payer un *pretium certum*, et là-dessus, pourtant, bien des textes prouvent qu'il suffit, en somme, que le prix ne soit pas laissé à l'arbitraire des parties, une fois la convention formée. Qu'y a-t-il donc là de singulier? Est-ce que toute obligation ne doit pas avoir un *objet certain* ou, au moins, dont la détermination soit possible en dehors des parties? La *stipulatio incerta*, elle-même, ne laisse rien à l'arbitraire des contractants. M. Demangeat, auquel on ne reprochera pas de reproduire trop facilement les opinions reçues, aurait dû réduire à sa juste valeur cette prétendue singularité, au sujet du prix de vente.

Le *louage* et la *société* laissent peu à désirer chez notre auteur; cependant il manque quelques développements sur la *locatio operarum* qui peut être considérée en même temps comme *conductio operis*, et réciproquement. De même, en matière de société, la combinaison des actions *pro socio* et *communi dividundo* méritait bien quelques lignes.

Au sujet du *mandat*, lorsqu'il intervient dans l'intérêt d'un tiers, M. Demangeat fait bien remarquer qu'il n'est pas valable tant que les choses sont entières, *rebus integris*; il nous laisse d'abord le soin de déduire cette conséquence, assez facile il est vrai, qu'il devient obligatoire de part et d'autre lorsqu'il y a commencement d'exécution; mais il fallait surtout expliquer

<sup>1</sup> Nous développons cette interprétation dans un article spécial, actuellement sous presse, qui doit paraître dans le prochain numéro (mars-avril 1866) de la *Revue historique de droit français et étranger*.

pourquoi la situation change ainsi de face, par cette circonstance de l'exécution. — Ce qui était plus important encore à signaler, et c'eût été plus neuf, c'est que le *mandatum pecuniæ credendæ*, que tous les auteurs présentent comme n'engendrant que l'action *mandati contraria*, c'est-à-dire l'action en garantie contre le mandant, quand l'emprunteur ne peut rembourser, devait aussi produire l'action *directa* au profit du mandant, pour faire réaliser le prêt une fois promis par l'acceptation du mandat. On oublie trop que le *mandator* était lui-même mandataire de l'emprunteur (argument de la célèbre loi *Granius Antoninus*, Dig., XLVI, 1, 72); dès lors, comme obligé personnellement par un mandat, il avait intérêt à faire exécuter le second mandat qu'il avait lui-même donné. — Je suis étonné aussi que M. Demangeat admette, sans observation ni critique, la solution d'après laquelle le *mandator pecuniæ credendæ* pouvait être poursuivi en remboursement, avant l'emprunteur (Dig., XVII, 1, 56); cela m'a toujours paru contraire au principe même de ce mandat : le *mandator*, quoique semblable, à certains égards, au fidéjusseur, n'a pas, comme celui-ci, contracté la même obligation que le débiteur principal; il est seulement responsable de son mandat, s'il se trouve avoir nui au prêteur, à raison de l'insolvabilité du *reus* : *propter enim mandatum suum solvit et suo nomine* (D., XVII, 1, 28), ce qui aurait dû le faire jouir, comme le *fidejussor indemnitalis*, du bénéfice de discussion, dès avant la Nouvelle 4 de Justinien. Il semble donc qu'il y a eu là une fâcheuse inconséquence des jurisconsultes romains. — On pourrait cependant, suivant moi, tenter une conciliation fondée sur l'analogie d'un passage de Celsus (D., XII, 1, 42) : il admet que le *fidejussor indemnitalis* peut être poursuivi, même avant le *reus*, « pour tout ce que celui-ci ne peut déjà pas payer; » n'en devait-il pas être de même, et à plus forte raison, dans le cas du *mandatum pecuniæ credendæ* (contrat de bonne foi), au cas d'insolvabilité prouvée du *reus*?

A la suite des contrats vient une théorie complète des *pactes*, dans laquelle nous sommes heureux de n'avoir rien à reprendre. Les *quasi-contrats* sont également traités avec un grand soin; mais il manque, au début, une détermination précise de cette source particulière d'obligation. Il ne suffit pas, en effet, de citer les cinq faits principaux que les Institutes rangent sous

cette dénomination et d'indiquer, à cet égard, une légère différence avec notre Code Napoléon, dont l'auteur cite, sans la critiquer, la définition des quasi-contrats, quoiqu'elle n'ait pas non plus un sens précis : « Des *faits purement volontaires* de « l'homme dont il résulte *un engagement quelconque* envers un « tiers. » N'est-il pas évident que les Romains, comme nous, ont appliqué à des cas déterminés cette règle éternelle d'équité et de justice : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius damno et injuria locupletiore fieri* (Dig., L, 17, 206)?

La théorie des *délits* m'a paru très-complète : je n'y ai cherché inutilement qu'une solution, au sujet du troisième *chef* de la loi Aquilia (M. Demangeat préfère dire *chapitre*) : lorsque celui qui a blessé l'esclave d'autrui est condamné à la plus haute valeur qu'avait cet esclave dans les trente jours, le demandeur ne doit-il pas, ou lui abandonner alors en propriété l'esclave blessé, ou subir la déduction de ce qu'il vaut encore ? Je ne m'explique pas qu'aucun texte, ni aucun auteur, n'ait, à ma connaissance, du moins, soulevé ou résolu cette question.

L'*extinction des obligations* me paraît donner lieu à plusieurs observations critiques. D'abord, tandis que l'auteur consacre quatre pages à l'éviction de la chose donnée en paiement (pag. 421 et suiv.), il ne consacre à la *confusion* que quelques lignes (p. 264 et p. 439) ; cette théorie, très-difficile, est cependant d'une importance capitale et longuement traitée au Digeste : il aurait fallu en extraire les principes dominants. — Au sujet de la *novation*, celle qui s'opère par le changement de *cause* est omise ; elle est pourtant très-curieuse à signaler, et dans les *nomina transcriptitia a re in personam* (Gaius, III, § 128) et dans la stipulation aquilienne (Inst., III, 29, § 2). Mais ce qui nous paraît plus sérieux, c'est la résistance de M. Demangeat à l'opinion généralement reçue, d'après laquelle la litiscontestation opère une *novation nécessaire*. M. Demangeat veut qu'on y voie un mode particulier d'extinction des obligations : c'est l'exagération d'une idée émise par Zimmern (*Actions*, § 123). D'abord, il y a un inconvénient réel à abandonner sans motif grave une expression consacrée ; en outre, il nous paraît très-vrai de dire qu'il y a novation dans la poursuite judiciaire, et le texte même sur lequel M. Demangeat se fonde pour repousser l'idée de novation *nécessaire*, est, au contraire, bien probant contre lui (Dig., XLVI, 2, 29). Le juris-

consulte Paul fait remarquer que « autre chose est la novation « contractuelle (*voluntaria*), autre chose est la litiscontestation « (*judicium acceptum*), » notamment, que dans la première, les privilèges et hypothèques du créancier s'éteignent, et qu'ils subsistent dans la seconde; ailleurs le même jurisconsulte déclare que les intérêts qui cessent par la novation volontaire (D., XLVI, 2, 18) continuent de courir après la litiscontestation (D., XXII, 3, 35). Or, je le demande, Paul comparerait-il ces deux choses, si elles n'avaient un caractère commun, si la dernière n'était pas elle-même une novation? Et comment expliquer, autrement, que la litiscontestation libère les fidéjusseurs, les *correi*, et généralement ceux qui garantissent personnellement la dette d'autrui? Ce qui, soit dit en passant, contredit aussi, tant soit peu, l'idée de Paul « qu'en exerçant « nos actions, nous améliorons notre position et ne pouvons « l'empirer. » Heureusement, cette différence entre les deux sortes de sûretés, dont les unes subsistent, quand les autres s'éteignent, n'est pas inexplicable, et, chez nous, on en trouve plusieurs exemples (C. N., art. 1299 et 2038). C'est donc par un *changement de cause* que la litiscontestation opère novation : Gaius est formel en ce sens (III, § 180), et la règle suivant laquelle *judicio contrahitur* (D., XVI, 3, § 11) n'a pas de sens, si elle n'a celui d'une novation.

La théorie des *fautes* n'est pas à sa place, elle devrait être à la suite des pactes et des quasi-contrats; mais elle est très-bien exposée. Cependant lorsque l'auteur examine de quels soins est tenu l'associé, il cite la solution des Institutes : *qui parum diligentem socium adsumpsit, de se queri debet*, et c'est là qu'il se borne à dire : « Évidemment la raison n'est pas bonne. » Je suis de son avis, mais en quoi est-ce évident? Bon nombre de lecteurs auraient besoin, je crois, qu'on leur fit remarquer qu'on choisit aussi son fermier, et surtout son commodataire, et cependant ceux-ci sont tenus d'être très-diligents; et quand on aura ainsi fait comprendre pourquoi la raison de Justinien est mauvaise (malheureusement elle est tirée de Gaius, D., XVII, 2, 72), on fera aisément accepter celles-ci : que l'associé est déjà puni de sa négligence par la perte ou la détérioration de la chose sociale; en outre, et surtout, que, comme il est copropriétaire de cette chose, on ne pourrait, sans méconnaître son droit, le soumettre à des

soins pareils à ceux qu'on exige d'un fermier ou d'un emprunteur.

Les *obligations naturelles* terminent la grande matière des Obligations. Elles manquent de vue d'ensemble : l'auteur, en énumère seulement *dix cas* ; il ne fait pas une théorie. Était-il donc impossible de la tenter, avec les nombreux textes que nous avons au Digeste ? M. Machelard, auquel la littérature juridique est redevable de plusieurs traités approfondis sur des points capitaux du droit romain, a présenté, il y a quelques années, un système complet qui a considérablement éclairci les obscurités de cette matière.

L'espace ne nous permet pas de suivre ainsi pas à pas M. Demangeat dans la matière des *Actions*. Nous signalerons seulement nos principales divergences avec l'auteur, et toujours quelques lacunes.

Les actions réelles relatives aux servitudes (*confessoria* et *negativa*) sont traitées plus complètement peut-être que dans aucun autre ouvrage. L'auteur y donne une explication nouvelle très-ingénieuse, et à laquelle nous nous rangeons volontiers, du fameux *sanè uno casu* (Inst., IV, 6, § 2), du cas unique où le possesseur *actoris partes obtinet*. Je ferai remarquer, à cette occasion, que l'auteur, qui indique ici une solution nouvelle et à lui personnelle, n'a pas toujours le même soin ; souvent il se borne à dire : « Voici comment j'entends ce texte, » ou bien : « Je résous ainsi cette difficulté ; » cela est plus modeste, mais on ne serait pas fâché de savoir précisément quand on est redevable à l'auteur d'une nouvelle solution.

Nous n'avons aussi que des éloges pour l'exposé des actions Publicienne et Paulienne et de l'action hypothécaire, sauf deux légères remarques : nous avons été surpris du soin avec lequel l'auteur évite d'appeler Publicienne, l'action *rescisoria in rem* que les auteurs appellent communément *Publicienne-contraire* ou *Publicienne-rescisoire*. Savigny le premier, et plus tard M. Pellat, lui ont, en effet, contesté ce nom ; mais M. Ducaurroy et M. Ortolan l'ont toujours admis ; ce dernier auteur, en outre, a répondu aux objections de ces illustres romanistes. Il serait bon, au moins, que le nom de Publicienne-rescisoire ne fût pas ignoré des lecteurs qui croiraient pouvoir se borner au livre de M. Demangeat. — Notre auteur qui répugne ainsi, non-seulement à admettre, mais même à prononcer, en l'ab-



sence d'un texte formel, un nom à peu près consacré, emploie, au contraire, sans scrupule, pour l'action dans laquelle on poursuit *quod ex patrimonio abest*, la qualification de *rei persecutoria*, au lieu de celle *rei persecuendæ* qui est plus juridique, plus latine, et la seule vraie. — Il admet aussi avec une complaisance marquée (surtout dans son traité de la *Solidarité*) la division imaginée par Savigny, pour les actions pénales, en *unilatérales* et *bilatérales*; pour moi, je n'y vois aucun inconvénient : au contraire, tout ce qui ajoute à la clarté et simplifie l'exposition me paraît favorable, et il n'est pas nécessaire qu'une expression ou une idée vienne de l'autre côté du Rhin pour me paraître digne d'être accueillie.

La formule de l'action hypothécaire, qui ne nous est pas parvenue, est heureusement composée par M. Demangeat, d'après les textes du Digeste qui indiquent les conditions de cette action; mais l'auteur a oublié de distinguer entre le cas où l'action est exercée contre le débiteur lui-même et celui où elle l'est contre un tiers possesseur. Il y a une différence curieuse signalée par un texte (Dig., XX, 1, 16, § 3) entre ces deux défendeurs.

Au sujet des actions mixtes, *tam in rem, quam in personam*, l'explication nouvelle que propose M. Demangeat n'est pas, selon nous, plus satisfaisante que celle donnée par M. Ducarroy que l'auteur critique; elle a le même défaut : celui de donner un sens insolite aux mots qui font la difficulté; au contraire, l'explication donnée par M. Ortolan, depuis sa 4<sup>e</sup> édition, nous a toujours paru entièrement satisfaisante.

La distinction entre les *actions de bonne foi* et de *droit strict* est capitale; M. Demangeat en montre bien l'intérêt, mais il n'en pose pas assez nettement le principe, la raison d'être, qui nous paraît être celle-ci : chaque fois qu'il s'agit d'un contrat ou d'un quasi-contrat *unilatéral*, il y a lieu à une action de *droit strict*, à une *condictio*, et comme les délits sont aussi des faits unilatéraux, ils engendrent de même une *condictio*; dans le cas, au contraire, des contrats ou quasi-contrats *synallagmatiques*, parfaits ou imparfaits, l'action est de *bonne foi*. Et pourquoi sur cette dernière classe d'actions, M. Demangeat, qui se borne avec Justinien à une énumération, n'a-t-il pas cru devoir mettre en relief (au lieu d'un simple renvoi de chiffres) l'énumération donnée par Gaius, et celle de Cicéron?

En l'absence d'une formule générale, ces deux listes avaient un intérêt particulier. — Notons, du reste, à la suite, une bonne théorie des *actions arbitraires*.

La grosse et célèbre question de savoir si la compensation, opposée par voie d'*exceptio doli*, dans les actions de droit strict, entraîne l'absolution entière du défendeur, est tranchée par M. Demangeat dans le sens de la négative; mais il a laissé sans réponse suffisante plusieurs des plus solides et des plus séduisantes raisons données, en sens contraire, par M. Ortolan dans sa septième édition (1863).

C'est un point très-important aussi et très-difficile que de savoir dans quel cas le défendeur à une action peut se défendre *ipso jure*, ou seulement *exceptionis ope*. J'aurais voulu plus de largeur dans la règle posée par M. Demangeat; ainsi il restera bien difficile encore, avec sa formule, de démontrer pourquoi le propriétaire, attaqué par la Publicienne, ne se défend pas *ipso jure*, mais seulement *exceptione justi domini*.

Les *interdits* qui terminent les Institutes donnent lieu aussi à bien des difficultés: leur raison d'être même est déjà un point assez obscur, au moins lorsque l'édit général est arrivé à embrasser toutes les matières du droit. On est étonné, au premier abord, que le préteur, dans son édit, au lieu de promettre une action (*judicium dabo*), annonce d'avance un interdit (*interdicam*). M. Demangeat ne s'arrête pas, au début, à cette difficulté; mais elle se représente bientôt, surtout au sujet des interdits *Quorum bonorum* et *Salvianum*, et il la résout heureusement, quoiqu'avec un peu trop de brièveté. — Sur l'interdit *Utrubi*, j'aurais été curieux de savoir si l'auteur exige une possession *continue* de six mois, ou s'il joindrait des possessions intermittentes; mais c'est un point secondaire.

Le dernier titre (*De officio judicis*) nous fournit, plus qu'un autre, l'occasion de justifier le reproche que nous faisons en commençant à la méthode de l'auteur; il s'est, comme nous l'avons dit, trop attaché à suivre le plan de Justinien. Il en résulte que beaucoup de matières sont divisées, quand elles devraient être groupées: ainsi la théorie des fruits *qui veniunt in actionibus in rem* ne se trouve traitée qu'au dernier titre à l'occasion de l'office du juge, quand elle devrait accompagner la revendication et la pétition d'hérédité. Cette dernière action

elle-même, qui devrait figurer parmi les actions réelles civiles, est expliquée comme action *de bonne foi* au milieu d'actions personnelles. Dans un cours oral, bien des causes peuvent nécessiter ces renvois et cette distribution des matières; d'ailleurs, les Institutes sont toujours le cadre officiel de l'enseignement; mais le professeur, devenu auteur, retrouve dans son livre une parfaite liberté de méthode.

Voilà, en vérité, bien des critiques, et nous voudrions maintenant nous en excuser près de M. Demangeat. Lorsque, l'an dernier, nous demandâmes, comme une faveur, de rendre compte de son œuvre, nous ne la connaissions pas encore; nous espérions n'avoir qu'à louer, ou tout au plus qu'à indiquer des dissentiments; nous voulions surtout saisir l'occasion de rendre un juste hommage à un collègue dont nous estimons autant le caractère que le talent. Plus tard, il s'est trouvé que l'œuvre ne répondait pas complètement à notre attente, ni, il faut bien le dire, à l'attente générale. Fallait-il donc dès lors nous récuser? ou bien nos sentiments d'estime et d'affection personnelle pour l'auteur devaient-ils faire taire en nous la critique? Nous ne l'avons pas cru. C'est un *munus publicum* aussi que cette charge d'apprécier les œuvres des maîtres, et plus grandes sont la considération dont ils jouissent et la faveur publique attachée à leurs travaux, plus aussi sont à craindre leurs imperfections et plus haut elles doivent être signalées, car elles pourraient trouver des imitateurs. Mais nous devons en convenir, nous comprenons, dès ce jour, la résistance de beaucoup d'écrivains consciencieux à rendre compte des ouvrages de leurs amis ou de leurs collègues.

Nous l'avons dit en commençant, il n'est pas facile d'assigner au dernier ouvrage de M. Demangeat un caractère et une destination bien déterminés: ses proportions restreintes et son plan peu systématique empêchent de le placer à côté des grands ouvrages généraux de l'Allemagne; d'un autre côté, pour que nous ayons un bon livre *élémentaire* de plus, selon son titre modeste, il faut, suivant nous, que l'auteur condense les détails qui embarrassent et étouffent les principes, et surtout qu'il ajoute la raison des règles qu'il applique si bien. Ce sera, au rebours du précepte du poète,

Retrancher quelquefois et souvent ajouter.

On a déjà dit que l'ouvrage de M. Demangeat semblait une tentative de réaction contre l'école historique. Je ne veux pas le croire, et bien des passages du livre me le défendraient, lors même que ce ne serait pas une témérité et un appauvrissement volontaire. Mais pour échapper plus pleinement encore à ce reproche, l'auteur doit demander d'autant plus aux lumières de la philosophie qu'il demande moins à celles de l'histoire : son œuvre y trouvera plus d'élévation et de vie. Sans le double flambeau de la philosophie et de l'histoire, l'étude des textes d'une législation qui n'est plus appliquée ne serait que la froide anatomie d'une société éteinte. G. BOISSONADE.

---

### CODE DE L'ASSISTANCE JUDICIAIRE,

Par M. BRIÈRE-VALIGNY,  
docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Paris.

Le livre publié par M. Brière-Valigny mérite d'être signalé aux lecteurs de la *Revue*. Il contient l'ensemble des documents de législation, d'administration et de jurisprudence sur cette matière, dont quelques-uns n'avaient pas encore été imprimés avec les travaux préparatoires des lois de 1850 et 1851. Une pensée, que nous croyons être celle de l'auteur, nous a frappé en parcourant ce livre et la table complète qui le suit : c'est l'oubli, quelquefois trop grand, que les hommes de la pratique et de la théorie ont pour cette partie de notre législation. On ne peut se dissimuler, en effet, que l'assistance judiciaire ne laisse à désirer, par ses lenteurs et certaines négligences. Il est bon, de la part du parquet surtout, de rappeler de temps à autre combien est humaine et juste la pensée de la loi. Quand on voit toutes les circulaires, décisions et instructions qui ont été rendues sur l'assistance, on comprend alors l'importance que les législateurs lui ont attachée, et rien ne pouvait mieux engendrer ce résultat que de grouper ces documents en un faisceau et de les mettre dans un ordre qui évite la difficulté des recherches. HENRI AMELINE.

## EXAMEN DOCTRINAL

## De la Jurisprudence en matière commerciale.

Par M. RATAUD, professeur de droit commercial  
à la Faculté de droit de Paris.

- I. — Lettres de change à l'ordre du tireur. Endossement. Remise de place en place. (Cour de Paris, 13 juin 1864; Teulet et Camberlin, *Journal des tribunaux de commerce*, 1865, 117.)

Aux termes de l'article 110 du Code de commerce, la lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre. Il faut en conclure qu'elle suppose une remise d'argent faite de place en place (art. 632 C. comm.), en d'autres termes un contrat de change préalable ou concomitant pour l'exécution duquel elle est créée<sup>1</sup>.

Cette condition de la remise de place en place, exigée pour l'existence d'une lettre de change, a soulevé des questions fort délicates<sup>2</sup>, particulièrement dans l'hypothèse où la lettre est créée à l'ordre du tireur. M. Massé<sup>3</sup> enseigne qu'alors la lettre n'est parfaite qu'autant qu'elle est endossée au profit d'un tiers, parce que, dit-il, la présence de ce tiers peut seule réaliser le contrat de change. Cette proposition paraît très-fondée lorsque le tiré n'a pas accepté, mais, dans le cas opposé, nous

<sup>1</sup> On appelle ainsi le contrat à titre onéreux par lequel une personne s'oblige envers une autre à procurer à cette dernière une somme d'argent dans un autre lieu. Ceux qui participent à la création d'une lettre de change jouent un rôle dans ce contrat, le plus souvent, il faut l'avouer, sans s'en rendre bien compte et un peu comme M. Jourdain faisait de la prose.

<sup>2</sup> Ainsi, dans le cas où le lieu de la création de la lettre et celui du paiement sont très-rapprochés l'un de l'autre. Il y a là une question de fait dont la solution peut être délicate, car la loi n'indique pas un minimum de distance et l'on admet qu'il n'est pas nécessaire que les deux endroits soient des places de commerce. M. Einert (*Wechselrecht*, p. 110) signale avec force cette difficulté de notre loi et se demande, un peu en plaisantant, si une ville telle que Paris ne devrait pas compter pour deux. Il est certain qu'on ne comprend pas bien l'influence que pourraient exercer ici les modifications des circonscriptions administratives.

<sup>3</sup> Dans une dissertation fort remarquable insérée au Recueil de Sirey-Devill., 1839, 1, 737.

conservons quelques doutes, et il nous semble que l'on ajoute ainsi aux prescriptions de la loi. Par exemple, Louis, de Paris, étant à Marseille, y emprunte à Paul 1,000 francs, et s'oblige à les restituer dans trois mois à Paris. Paul tire immédiatement et à son ordre une traite sur laquelle Louis met son acceptation. La lettre n'est-elle pas tirée d'un lieu sur un autre? N'est-ce pas un véritable contrat de change que celui qui est intervenu entre Paul et Louis? Il est vrai qu'il n'y a point de tiers bénéficiaire de cette lettre, mais l'article 110 du Code de commerce ne dit-il pas qu'une lettre de change peut être à l'ordre du tireur lui-même?

Lorsqu'au contraire le tiré n'a pas accepté, évidemment on ne peut plus dire que la lettre de change constate un contrat de change intervenu entre lui et le tireur. C'est entre ce dernier et celui à l'ordre duquel la traite sera endossée que se formera le contrat. Il en résulte que non-seulement un endossement est nécessaire à la perfection de la lettre de change, mais encore que cet endossement doit être réalisé dans un autre lieu que celui du paiement. C'est ce que décide avec raison l'arrêt indiqué ci-dessus, en infirmant la décision contraire du tribunal de commerce de la Seine<sup>1</sup>. Nous serions d'ailleurs disposé à penser que cette condition suffit et qu'il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire reçoive le titre dans un autre endroit que celui où il doit toucher la somme. Par exemple Pierre et Paul, tous deux habitants du Havre, sont, le premier débiteur, le second créancier de Louis de Paris. Celui-ci a tiré de Paris une lettre de change sur Pierre et à l'ordre de Paul auquel il l'envoie par la poste. Pour que le contrat intervenu entre Louis et Paul soit un contrat de change, nous croyons qu'il suffit que Louis s'oblige à procurer une somme dans un autre endroit que celui où il se trouve. En effet, le

<sup>1</sup> V. en sens contraire la dissertation de M. Massé, citée à la note 3, p. 481. — Dans l'espèce de l'arrêt, la traite avait été tirée de Vincennes sur Paris et endossée à Saint-Mandé-Paris. La dissidence entre le tribunal de commerce de la Seine et la Cour est déjà ancienne. Plusieurs jugements du tribunal sur notre question ont été infirmés par des arrêts de la Cour, des 8 mars et 12 juin 1855, 6 février 1856, 9 avril et 8 mai 1858. — Une seule fois (3 mars 1856) le tribunal a paru céder (V. Teulet et Camberlin, *Journ. des trib. de commerce*, t. IV, p. 230 et 295; t. V, p. 242; t. VI, p. 41; t. VII, p. 322).

titre est tiré d'un lieu sur un autre, et il a pour utilité d'éviter un transport de numéraire.

En présence de ces difficultés et de ces distinctions subtiles, de bons esprits ont pensé qu'il conviendrait d'effacer de la loi la condition de la remise de place en place<sup>1</sup>. Cette condition n'est pas exigée par la loi allemande, et nous voyons même dans les travaux préparatoires, dans les procès-verbaux des conférences de Leipzig (séance du 25 octobre 1847) qu'elle a été repoussée à l'unanimité et sans discussion.

La lettre de change, étant réputée acte de commerce entre toutes personnes, est pour les créanciers peu scrupuleux, pour les usuriers, un moyen de s'assurer la contrainte par corps contre leurs débiteurs et d'é luder ainsi l'excellente disposition de l'article 2063 du Code Napoléon qui place la liberté en dehors du domaine des conventions. La nécessité d'un contrat de change sérieux est le seul obstacle qu'ils rencontrent, et l'étude des monuments de la jurisprudence montre que si cet obstacle n'est pas bien puissant, il n'est cependant pas toujours illusoire. Nous comprenons que l'on supprime la nécessité de la remise de place en place dans les États où la contrainte par corps est de droit commun, et à l'inverse, dans ceux où elle serait repoussée, même en matière commerciale (et telle sera peut-être bientôt notre loi). Mais quel que soit le sort réservé à cette institution, nous croyons qu'il y aurait un moyen bien simple de tout concilier. Il consisterait à assimiler, au point de vue du caractère commercial, la lettre de change au billet à ordre. Il y a déjà quinze années qu'après de longues hésitations la jurisprudence a décidé que le billet à domicile n'était autre chose, en droit, qu'un billet à ordre<sup>2</sup>. Ceci admis, nous ne comprenons pas la différence qui subsiste entre ce billet à domicile et la lettre de change. Tous deux sont transmissibles par endossement, tous deux contiennent remise de place en place, et si ce dernier caractère ne suffit pas pour imprimer au billet à domicile un caractère commercial absolu, pourquoi donc aurait-il cet effet sur la lettre de change<sup>3</sup>?

<sup>1</sup> V. M. Demangeat (sur Bravard), *Cours de droit commercial*, t. III, p. 10, en note.

<sup>2</sup> Cassat. 9 juillet 1851 (Sir.-De vill., 1851, 1, 497).

<sup>3</sup> On lit aussi dans l'article 4 de la loi du 23 mai 1865 que « l'émission de du chèque, même lorsqu'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne constitue

II. — Lettre de change. Droit du porteur sur la provision. Connaissance. Affectation spéciale. (Tribunal de commerce du Havre, 4 avril 1865; *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, t. XLIII, 2<sup>e</sup> part., p. 142.)

Le porteur d'une lettre de change peut, sauf clause contraire, exiger que le paiement à l'échéance soit garanti par l'acceptation du tiré et, si celui-ci tombe en faillite, par une caution (Code comm., art. 118, 120, 444).

Il peut aussi acquérir, en vertu d'une convention formelle, un droit de gage sur la marchandise formant la provision. Exemple : un négociant américain vend et expédie des marchandises à un négociant du Havre. Il tire des lettres de change sur ce dernier jusqu'à concurrence du prix convenu. Le bénéficiaire de ces traites, s'il n'a pas confiance dans la garantie personnelle du tireur, pourra, au moment où il consent à les escompter, exiger que le connaissance soit endossé à son ordre, en garantie du paiement. Ce connaissance devient alors un accessoire de la lettre de change, et le capitaine du navire est le tiers qui détient le gage pour le compte du créancier légitime.

Si le connaissance a été envoyé directement au tiré, le porteur, en s'appuyant sur une jurisprudence aujourd'hui bien constante et que nous ne voulons pas discuter <sup>1</sup>, pourra sou-

« pas par sa nature un acte de commerce. » Mais cette disposition peut s'expliquer par un motif particulier, par le désir d'encourager la propagation des chèques, en n'imprimant pas un caractère trop rigoureux aux obligations qu'ils constatent.

<sup>1</sup> Le système admis par la jurisprudence française est repoussé par la loi allemande, par le Code de commerce hollandais (art. 110), enfin par la Cour de cassation de Belgique (V. les arrêts cités par MM. Delamarre et Lepoitvin, *Cours de droit commercial*, t. V, p. 491, — et Namur, *Cours de droit commercial*, t. I, p. 255, note), quoique notre Code de commerce soit en vigueur dans ce pays. Il était enseigné autrefois par Dupuys de la Serra, et est fondé sur des arguments assez vagues, tirés de quelques articles du Code de commerce, notamment de l'article 149. Les conséquences de ce système sont d'ailleurs fort compliquées. Le porteur ne peut invoquer le droit qui lui est attribué que lorsque le retrait de la provision pourrait être considéré comme une opposition indirecte au paiement, c'est-à-dire à l'échéance, dans le cas de faillite ou de déconfiture du tireur ou de refus d'acceptation. La provision cesse alors d'être le gage des créanciers du tireur (Cass. 22 novembre 1830; Sir.-Devill., Coll. nouv., 9, 1, 594), sauf l'appli-



tenir que la lettre de change a produit à son profit une cession implicite des droits qu'avait le tireur sur la provision. Mais la garantie que cette cession confère au porteur est beaucoup moins énergique que celle qui résulte de la remise qui lui serait faite du connaissance. Cette remise confère au porteur un gage qu'il peut réaliser d'une manière aussi simple que rapide (art. 93 C. comm.) et qui ne peut disparaître ou être amoindri ni par un accord entre le tireur et le tiré, ni par la faillite de ce dernier (art. 550 et 576 C. comm.), ni par le concours de porteurs d'autres traites créées par le même tireur.

Le jugement du tribunal du Havre donnerait, s'il était fondé, un autre intérêt encore à cette remise du connaissance au porteur.

Dans l'espèce, des marchandises avaient été envoyées par le tireur au tiré avec affectation spéciale au paiement de plusieurs traites créées au profit de divers porteurs, et le connaissance

cation des nullités résultant de la faillite (Cass. 17 décembre 1850; Sir.-Devill., 51, 1, 414). Le droit conditionnel du porteur est considéré comme ayant pris naissance le jour même de la création de la traite (Rouen, 24 avril 1845; Sir.-Dev., 47, 2, 74 et 75). Par suite, en cas de concurrence de plusieurs porteurs, lorsque la provision est inférieure au montant de toutes les traites, et n'a été spécialement affectée à aucune d'elles, celles créées les premières sont payées avant les autres (Rouen, 15 janvier 1857; Sir.-Dev., 57, 2, 566), pourvu qu'elles aient été susceptibles d'acceptation (Cass. 2 mars 1857; Sir.-Dev., 57, 1, 510). Quant au tiré, même non accepteur, il ne peut plus se libérer en payant au tireur ce qu'il lui doit, si le droit du porteur lui a été notifié (Cass. 1<sup>er</sup> juin 1858; Sir.-Dev., 58, 1, 807. — Aix, 9 juillet 1828; Sir.-Dev., Collect. nouv., 9, 2, 115), mais il peut compenser ce qu'il doit au tireur avec ce que celui-ci lui doit, et soutenir que la provision ne consiste que dans la somme formant la balance du compte, à moins que la provision n'ait été, au moment de l'envoi, affectée d'une manière spéciale au paiement de la traite. Cette affectation spéciale peut résulter de la correspondance ou des énonciations mêmes de la traite (*il vous plaira payer contre telle quantité de marchandises expédiées par tel navire, etc.*). Elle doit être exprimés très-clairement, surtout quand il y a compte courant entre le tireur et le tiré, parce qu'elle constitue alors une dérogation à ce compte courant. C'est, du reste, un point très-controversé que celui de savoir si elle doit être acceptée par le tiré. La négative est soutenue par le tribunal de commerce de Marseille (jugements des 22 septembre 1848, 17 juin 1856, 5 mai 1858; *Journal de Marseille*, tomes XXVII, 1, 184; XXXIV, 1, 198; XXXVI, 1, 172), mais repoussée par d'autres décisions (Cassat. 9 juillet 1840; Sir.-Dev., 40, 1, 969. — Rouen, 24 avril 1845; Sir.-Dev., 47, 2, 65. — Aix, 14 avril 1864; *Journal de Marseille*, XLII, 1, 88).

avait été remis au tiré. Celui-ci, estimant que le montant des traites annoncées était supérieur à la valeur de la provision, avait accepté quelques-unes de ces traites et avait refusé les autres. Les porteurs de ces dernières le poursuivaient en invoquant leur droit sur la provision, tandis qu'il soutenait au contraire qu'il avait le droit d'employer cette provision au paiement des traites acceptées par lui.

Le tribunal du Havre admet la prétention du tiré, en se fondant sur ce que le porteur des traites refusées a dû s'imputer de n'avoir pas exigé la remise du connaissance.

« Attendu, dit-il, que si la loi a attaché au contrat de change des droits exceptionnels, elle ne l'a pas dégagé des chances auxquelles il est soumis; qu'en matière de commerce maritime le bénéficiaire d'une traite peut anéantir la principale de ces chances, celle de l'existence de la provision à l'échéance, en se faisant remettre le connaissance à l'appui de la traite, etc..... »

Nous croyons que, dans le système admis par la jurisprudence sur la propriété de la provision, cette décision est peu fondée. On comprend difficilement comment, le droit égal des divers porteurs sur la provision étant une fois admis, il peut dépendre du caprice du tiré de favoriser les uns aux dépens des autres. Le tiré, qui ne voulait pas se mettre à découvert, aurait dû n'accepter aucun des traites. Alors les porteurs des traites créées le même jour auraient partagé entre eux, au prorata de leurs créances, le produit de la vente des marchandises formant la provision, et il nous semble que ce droit aurait dû être maintenu à ceux qui n'avaient pas obtenu l'acceptation.

### III. — Endossement. Antidate.

(Cassat. 21 décembre 1864; Sir.-Dev.; 65, 1, 45.)

Cet arrêt décide que l'inexactitude de la date d'un endossement, non-seulement n'expose à aucune peine l'auteur de cette mention, quand il n'y a pas intention frauduleuse de sa part, mais encore n'empêche pas l'endossement de valoir comme régulier, c'est-à-dire d'opérer la translation de la propriété du titre.

Il faut en conclure que l'indication de la date dans les endos-

sements n'a qu'une médiocre utilité<sup>1</sup>. En Angleterre et en Allemagne, l'endossement en blanc est translatif de propriété. Il en est de même chez nous pour le chèque (loi du 23 mai 1865, art. 1<sup>er</sup>), et nous croyons que l'on pourrait sans inconvénient appliquer la même règle à tous les effets revêtus de la clause à ordre. On le sait, les présomptions écrites dans les articles 136 et suivants du Code de commerce sont souvent contraires aux faits et à l'intention des parties.

Ainsi le banquier chargé simplement d'opérer le recouvrement d'un effet se fait donner la procuration au moyen d'un endossement régulier, causé valeur en compte, et si l'effet est payable sur une autre place, il fait un second endossement régulier à l'ordre du confrère auquel il l'envoie. Il a bien fallu qu'en cas de faillite du banquier la jurisprudence admit l'auteur de cet endossement à revendiquer le titre (art. 574 C. comm.) à la condition de fournir la preuve du caractère véritable de l'opération (Paris, 26 février 1866; *Gaz. des trib.* du 15 avril).

A l'inverse, les endossements irréguliers sont presque toujours effectués dans l'intention de transmettre la propriété du titre. Ceci est même évident lorsqu'ils constatent que le bénéficiaire a fourni la valeur du titre, et que l'irrégularité provient, par exemple, de l'absence de date. Nous pensons que la présomption de la loi, qui les considère comme une procuration, ne peut s'expliquer qu'historiquement. L'endossement n'a été connu en France que dans le XVII<sup>e</sup> siècle. Auparavant, la transmission de la lettre de change ne s'opérait que par la remise matérielle du titre acquitté par le bénéficiaire, et il était naturel que celui-ci fût considéré comme un mandataire. Lorsque la cession par endossement fut admise, on la soumit à des conditions dont l'inobservation avait pour effet de faire retomber le cessionnaire sous l'application des principes antérieurs. Aujourd'hui, de bons esprits admettent que la présomption de l'article 138 du Code de commerce peut tomber

<sup>1</sup> Nous en dirons autant de l'indication de la valeur reçue, à laquelle cependant quelques personnes paraissent encore attacher une grande importance. L'article 112 du Code de commerce ne parle pas de la supposition de valeur, et un arrêt (Pau, 11 novembre 1834; *Sir.-Dev.*, 35, 2, 167) décide que l'inexactitude de cette indication ne vicie pas le titre, si d'ailleurs il existe une cause valable de l'obligation

*ergà omnes* devant la preuve contraire, mais la jurisprudence n'est pas aussi large. Elle ne permet pas de combattre la présomption de la loi contre ceux qui n'ont pas été parties dans l'endossement, c'est-à-dire contre les débiteurs du titre qui opposent au bénéficiaire les exceptions qu'ils auraient pu opposer à l'auteur de l'endossement <sup>1</sup> (Paris, 18 mars 1858; Sir.-Dev., 58, 2, 428). Mais elle admet cette preuve contraire contre l'auteur de l'endossement ou ses ayants cause, et notamment contre la masse de ses créanciers après qu'il a été déclaré en état de faillite (V. sur ce dernier point Cassat. 29 décembre 1858; Sir.-Dev., 59, 1, 97, — et en note l'excellente dissertation de M. Massé).

<sup>1</sup> Lorsqu'au contraire la propriété du titre a été transmise par endossement régulier, ces exceptions ne peuvent être opposées au tiers porteur. C'est là un principe doctrinal, enseigné déjà par l'école italienne au XVII<sup>e</sup> siècle. Il est à remarquer que le texte du Code de commerce ne l'a pas formulé. Quelques personnes prétendent en trouver une application dans l'article 149. Il est certain que la saisie-arrêt pratiquée par les créanciers du porteur ne pourrait être opposée à celui auquel le porteur aurait, même après la saisie, endossé le titre, mais nous pensons que cette saisie ne pourrait même être opposée à celui-ci resté propriétaire au moment de l'échéance. Nonobstant le silence de la loi, la jurisprudence a appliqué fréquemment la règle dont nous parlons. Ainsi le débiteur du titre ne peut opposer au tiers porteur : 1<sup>o</sup> la compensation du chef de l'endosseur; 2<sup>o</sup> la qualité d'étranger de l'endosseur quand le tiers porteur est Français (article 14 C. Nap.; 14 et 15, loi du 17 avril 1832. — Cass. 18 juillet 1864. Dans un transport ordinaire, ce point est controversé); 3<sup>o</sup> l'exception de jeu (Paris, 26 décembre 1863; *Gaz. des trib.* du 31 décembre); 4<sup>o</sup> l'exception tirée de ce que l'effet représente le supplément du prix d'un office (*Gaz. des trib.* des 18 et 19 janvier 1864); 5<sup>o</sup> celle tirée de ce que le billet a été revêtu de la raison sociale par le gérant d'une société agissant de complicité avec le bénéficiaire endosseur, dans son intérêt personnel (Paris, 22 novembre 1862); 6<sup>o</sup> l'exception *non numeratæ pecuniæ* (arg. à *contrario*, Paris, 18 mars 1858; Sir.-Dev., 58, 2, 428), et même, quoique cela soit plus douteux, l'exception de supposition. Dans les deux premiers cas, la règle se justifie par une renonciation anticipée et sous-entendue du débiteur au bénéfice de ces exceptions, dans les autres par la considération que l'imprudence du débiteur ne doit pas nuire au tiers porteur, mais alors il faut que celui-ci ait ignoré l'exception au moment de l'endossement. Aucune de ces raisons n'est applicable aux exceptions de violence et d'incapacité, aussi pensons-nous qu'elles peuvent être opposées à tout porteur, même de bonne foi (*sic* Grenoble, 30 juin 1847; Sir.-Dev., 48, 2, 450. — Paris, 14 décembre 1864; *Gaz. des trib.* du 21 décembre; Code Nap., art. 1307). (V. cependant M. Massé, *Droit commercial*, 2<sup>e</sup> édit., n<sup>o</sup> 1097 et 1524.) Nous en dirons autant pour le cas de faux (V. Cass. 30 mars 1853; Sir.-Dev., 53, 1, 470).

IV. — Lettre de change. Payement. Faillite. (Colmar, 29 mars 1865. — Bordeaux, 20 décembre 1864. — Sir.-Dev., 65, 2, 161, 308. — Cassat. 18 décembre 1865.)

Le porteur d'une lettre de change se présente à l'échéance chez le tiré. Celui-ci n'est pas encore en état de faillite déclarée, mais il se trouve dans la période de cessation de payements, et le porteur connaît cette circonstance. Le payement est néanmoins effectué.

L'article 449 du Code de commerce décide que l'action en rapport à la masse de la somme ainsi payée ne pourra être intentée que contre celui pour compte duquel la lettre de change a été fournie (le tireur ou le donneur d'ordre).

Il suit de là que le porteur est à l'abri de l'action en rapport, et cette exception à la règle générale de l'article 447 s'explique bien simplement. En effet, si le porteur pouvait être recherché par la masse de la faillite, il aurait, sans aucune négligence de sa part, encouru les déchéances qui résultent du défaut de protêt et de poursuites en temps voulu. On aurait pu, il est vrai, le restituer en entier, mais on n'a pas voulu prolonger des recours rigoureux, et cette restitution elle-même eût pu devenir impossible en fait si, dans l'intervalle, les autres signataires du titre étaient devenus insolubles.

Jusque-là, aucune difficulté. Mais changeons un peu l'hypothèse. A l'échéance le porteur s'est présenté chez le tiré, et il a éprouvé un refus de payement qu'il a fait constater le lendemain par un protêt régulier. Il s'est alors adressé, soit à son endosseur immédiat, soit à un autre endosseur ou au tireur, et a été désintéressé. Si celui contre lequel il a exercé son recours se trouvait, à sa connaissance, dans la période de cessation de payements qui précède le jugement déclaratif, le porteur sera-t-il encore protégé contre l'action en rapport par l'article 449? Non, d'après les arrêts rapportés ci-dessus, et l'on peut dire en effet que l'on ne trouve plus dans cette espèce la raison spéciale de protéger le porteur que nous avons indiquée plus haut. Il avait fait son protêt. Aucun ordre ne lui était imposé pour l'exercice de ses recours, et il a eu tort de s'adresser précisément à celui des signataires qu'il savait être en état de cessation de payements. En supposant qu'il n'ait pas eu le

choix, il se trouvera dans la position de tout autre créancier. On ne peut plus dire, comme dans la première hypothèse, qu'en annulant le paiement, on le mettra dans une position pire que celle où il se trouverait s'il n'avait pas reçu ce paiement <sup>1</sup>.

Nous ne nous dissimulons pas la gravité de ces considérations, mais cependant nous hésitons beaucoup à nous ranger à l'opinion qui a prévalu.

Tout d'abord, il faut remarquer que le texte de l'article 449 du Code de commerce est général et n'autorise pas la distinction proposée. Si nous recherchons l'esprit de la loi, nous conviendrons que le motif indiqué plus haut devient ordinairement inapplicable dans notre hypothèse; mais l'étude de la discussion de la loi en 1838 autorise à penser qu'à côté de ce motif, il en existe un autre d'une portée bien plus générale, le désir d'assurer le crédit et la circulation des effets de commerce, en les entourant de garanties particulières. Ajoutons que l'on ne saurait toujours reprocher avec justice au porteur de s'être adressé au refus du tiré à tel de ses garants plutôt qu'à tel autre. Que l'on suppose, par exemple, une traite tirée d'Amérique par Primus sur Secundus de Marseille et endossée dans cette dernière ville par Tertius. Personne, certainement, ne refusera au porteur qui éprouve un refus du tiré le droit de faire ce qui est prescrit pour que Tertius ne puisse lui opposer la déchéance et pour être au moins admis avec les autres créanciers au passif de la faillite, quand celle-ci aura été déclarée. Or, pour obtenir ce résultat, le porteur doit, dans un délai de quinzaine et alors même qu'il connaîtrait l'état de cessation de paiements de Tertius, lui faire notifier le protêt et une assignation en justice, en d'autres termes le sommer de payer. Si le paiement est offert, comment le refuser? Dans ce cas, le rapport à la masse pourrait être exigé à une époque où, soit en fait, soit en droit, le porteur ne pourrait plus recourir utilement contre le tireur américain. — Voici une hypothèse bien plus simple et qui va montrer que, si l'on veut presser le raisonnement, le porteur ne devrait pas être

<sup>1</sup> Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la Cour de Colmar, on peut noter la circonstance que le porteur avait obtenu son paiement après avoir menacé l'endosseur d'une dénonciation au parquet.

toujours protégé par l'article 449, alors même que ce serait du tiré lui-même qu'il aurait reçu le paiement. On n'a qu'à supposer pour cela qu'il n'existe pas d'endosseur, et que le tireur n'a pas fait provision. Dans ce cas, on pourrait imposer au porteur l'obligation de rapporter à la masse du tiré la somme reçue, sans qu'il ait à craindre aucune déchéance à l'égard du tireur. Dans une matière aussi compliquée, nous croyons plus sur de s'en tenir au texte de la loi. RATAUD.

### DES EXPROPRIANTS,

DU DROIT DE POURSUITE APPARTENANT A CHAQUE D'EUX;  
ET DE LA PLACE QU'ILS DOIVENT OCCUPER A L'AUDIENCE DU JURY D'EXPROPRIATION;

Par M. Th. DUCROCQ,  
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

L'unité de législation est un des immenses bienfaits dont la France est redevable à la Révolution. Cette unité s'étend à toutes les branches de la législation, au droit public et au droit privé, aux lois administratives et pénales aussi bien qu'aux lois civiles et commerciales. Cette unité se produit, non-seulement dans les principes, mais aussi dans le mode d'application et d'exécution des lois qui doit être le même dans toutes les parties de l'Empire.

C'est afin d'assurer cette unité que la Cour de cassation, si bien nommée la cour *régulatrice*, a été placée au sommet de la hiérarchie judiciaire.

C'est dans le même but que le Conseil d'État, placé près du chef de l'Empire au sommet de la hiérarchie administrative, a été institué, non-seulement comme juge d'appel de la plupart des tribunaux administratifs, mais encore en tant que régulateur de toutes les compétences administratives au point de vue de l'excès de pouvoir et de l'incompétence, par rapport à tous les agents, à tous les conseils, à tous les tribunaux administratifs.

C'est dans le même but que le chef de l'État a reçu, parmi les attributs de la puissance exécutive, le pouvoir réglementaire, en vertu duquel il fait pour l'exécution des lois des

règlements qui s'appliquent à toute la France; et si les préfets ont le droit de réglementer pour leurs départements, ils sont soumis au contrôle des ministres chargés de veiller à la conciliation de l'ordre local avec l'ordre général, les règlements des maires étant aussi soumis par le même motif au contrôle des préfets.

Pour toutes les violations qui ne sont pas de nature à devenir l'objet d'un recours contentieux, soit devant l'autorité judiciaire, soit devant l'autorité administrative, l'unité de législation trouve encore un appui dans les pouvoirs dont les ministres sont investis, au nom de la puissance exécutive, et qui, pour tous les services compris dans chaque département ministériel, s'étendent également sur la France tout entière. D'un mot chaque ministre peut ramener tous les fonctionnaires à l'égalité et exacte exécution d'une même loi dans toutes les parties de l'Empire.

Si la centralisation peut avoir des inconvénients, elle possède aussi des avantages qui lui sont propres, et nous venons de mentionner l'un de ses plus incontestables mérites.

Grâce à ces moyens d'action, la loi française, une pour le pays tout entier, est généralement appliquée d'une manière identique, même dans ses conditions et ses formes d'exécution, sur tous les points du territoire.

Il n'en est cependant pas toujours ainsi.

L'exécution de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, en offre un exemple.

Nous croyons devoir l'examiner scientifiquement, sous les aspects juridiques que la question présente.

Le meilleur moyen d'obtenir la destruction d'un abus n'est-il pas en effet de le constater, et de l'apprécier au double point de vue des principes et de la loi?

Il nous semble d'autant plus à propos de le faire, d'une part, que c'est dans les choses judiciaires que le défaut d'uniformité a le droit de surprendre et de choquer davantage, et, d'autre part, que par suite de l'extension des travaux publics en France il est plus opportun que jamais de résoudre d'une manière uniforme la question à laquelle nous faisons allusion.

Il s'agit de savoir quelle est la place que doit occuper l'expropriant à l'audience du jury d'expropriation chargé de fixer des indemnités?



Dans l'examen de cette question, il ne faut pas seulement porter ses regards sur le palais de justice de Paris, ou même de deux ou trois grandes villes de France, qui peuvent, en raison des ressources d'une installation exceptionnelle, être dotés d'une salle spéciale des expropriations, où tout peut être réglé à la satisfaction générale des expropriants et des expropriés. Il faut principalement songer à ce qui se passe dans la France tout entière.

Dans la généralité des arrondissements, c'est dans une des salles d'audience civile ou correctionnelle du tribunal, et, dans le plus grand nombre des tribunaux, c'est dans l'unique salle d'audience du tribunal que siège le jury d'expropriation.

Dans les chefs-lieux judiciaires, le jury d'expropriation siège le plus souvent dans la salle des assises. Cette mesure présente un double avantage : celui de permettre au jury d'expropriation de profiter des dispositions intérieures prises en vue du jury criminel ; et celui de laisser une plus grande latitude à l'administration et au magistrat directeur dans le choix des jours de convocation du jury d'expropriation.

Aussi n'est-ce guère que dans des chefs-lieux judiciaires où siègent des Cours impériales, que la salle des assises n'est pas utilisée pour les audiences du jury d'expropriation. La Cour d'assises est alors dans les attributions exclusives de la Cour impériale, et la salle des assises forme une des dépendances du local de la Cour et non du tribunal. Le tribunal, par celui de ses membres, que le jugement d'expropriation a désigné pour remplir les fonctions de magistrat directeur du jury, préside aux opérations du jury dans l'une de ses salles ou dans son unique salle d'audience.

Dans ces salles diverses, salles des assises, salles d'audiences civiles ou correctionnelles, où siège d'ordinaire le jury d'expropriation dans la plupart des arrondissements, la partie expropriante ne peut généralement être appelée à occuper, d'après la disposition générale des lieux, qu'une de ces deux places : la barre ou le siège du ministère public.

Or c'est à cet égard que la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui ne contient aucune prescription sur ce point, est entendue et mise en œuvre d'une manière qui, non-seulement n'est pas la même dans tous les ressorts de Cours impériales, mais qui dans le même ressort de Cour impériale

varie d'un département et même d'un arrondissement à l'autre.

Dans un même ressort de Cour impériale, dans les chefs-lieux de deux départements limitrophes, nous voyons, dans l'un, tous les expropriants admis à occuper le siège du ministère public et même invités à le faire, tandis que dans l'autre les expropriants restent à la barre comme les expropriés.

Il y a plus; dans le même tribunal, dans la même salle d'audience, devant des jurys dans le sein desquels figuraient pour partie les mêmes jurés, tous ces jurys procédant sous la même direction, nous avons vu récemment les agents et mandataires d'une compagnie de chemin de fer expropriante, c'est-à-dire, pour parler le langage de la loi même du 3 mai 1841, d'un concessionnaire de travaux publics, autorisés sur leur demande à occuper le siège du ministère public, et, à trois semaines de là, nous avons vu les représentants de communes expropriantes prévenus qu'ils devront se mettre à la barre et le maire d'une commune chef-lieu de département venant s'y placer avec ses adjoints.

Un tel état de choses constitue une véritable anarchie, impossible à justifier, soit au point de vue des principes les plus élémentaires de nos lois administratives, soit au point de vue du grand et salutaire principe de l'unité de législation.

Cependant nous serions personnellement disposé à n'attribuer à la place occupée à l'audience par les expropriants qu'une médiocre importance au point de vue des intérêts des parties. Nous estimons trop les citoyens désignés par les conseils généraux et choisis par l'autorité judiciaire sur les listes annuelles dressées par ces conseils, pour remplir la haute mission de jurés en matière d'expropriation, pour supposer que leurs intelligences et leurs consciences puissent être plus sensibles aux paroles qui tomberaient du siège du ministère public, qu'aux bonnes raisons que la même voix leur adresserait de la barre.

Mais si tel est notre sentiment personnel, nous avons, en sens contraire, entendu des expropriés manifester des appréhensions; et, parmi les expropriants, il paraît notamment que certaines compagnies de chemins de fer, dont les prétentions (au rebours de ce qui devrait être) dépassent celles des administrations publiques, ne parlent pas notre manière de voir,

puisqu'elles demandent avec instances à occuper devant le jury d'expropriation le siège du ministère public. Nous ne saurions admettre en effet qu'une telle demande pût avoir pour mobile exclusif un sentiment de vanité mal placée, sans une arrière-pensée d'intérêt plus sérieux et plus grave.

Malgré cette manière de voir contraire à la nôtre, nous voulons persister à croire que les expropriés ne perdent rien à ce que les expropriants plaident à telle place plutôt qu'à telle autre. Nous indiquerons toutefois avec soin les diverses considérations qui militent en faveur de l'une ou l'autre solution, sans dissimuler nos préférences.

Mais ce qui nous paraît éminemment regrettable, et ce que nous voudrions voir disparaître, c'est le régime d'anarchie qui subsiste à cet égard.

Il n'est pas bon de laisser à chaque tribunal d'arrondissement et à chaque magistrat directeur du jury le pouvoir de se faire à lui-même sur ce point, sans contrôle supérieur et d'une manière en quelque sorte souveraine, sa règle et sa jurisprudence; ce serait permettre de dire, en altérant le mot de Voltaire, que dans la seconde partie du XIX<sup>e</sup> siècle, au milieu d'un mouvement inouï de travaux publics, on voit la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique s'exécuter en France d'une manière différente en passant d'un arrondissement dans un autre.

Enfin il est impossible d'admettre que dans certains tribunaux on puisse autoriser à occuper le siège du ministère public les concessionnaires, c'est-à-dire les expropriants qui auraient le moins de droit à cette place, et la refuser aux administrations départementales et communales.

En un mot, ce que nous demandons c'est moins de voir triompher telle solution de préférence à telle autre, que de voir appliquer la même solution (n'importe laquelle) à tous les expropriants et par toute la France, sans différence et sans distinction.

Notre but est de démontrer la nécessité de sortir ainsi de l'arbitraire, et de rentrer au plus tôt dans la scrupuleuse observance des principes protecteurs de notre unité législative, administrative et judiciaire.

Beaucoup penseront peut-être que la preuve est déjà faite et qu'il est superflu de rien ajouter pour constater le vice fonda-

mental de pareils errements et démontrer l'opportunité qu'il y a, de la part des autorités compétentes, à les faire cesser d'urgence.

Mais un rappel aux principes ne saurait être trop bien justifié.

A cet exposé nous ajouterons donc dans la suite de cet article une démonstration plus complète, en recherchant les raisons de décider et les moyens de solution.

Avant d'y arriver, nous voulons étudier aussi la situation faite par la loi du 3 mai 1841 aux divers expropriants, en ce qui concerne le droit de poursuivre l'expropriation et le règlement judiciaire de l'indemnité.

Cette étude sur le droit de poursuite des divers expropriants est utile en elle-même, en raison de l'importance des principes généraux qui, suivant nous, dominent cette matière, en raison de la nécessité de combiner les lois générales d'administration départementale et communale avec la loi spéciale sur l'expropriation, en raison des difficultés pratiques que les administrateurs, les magistrats et les hommes d'affaires chargés d'instruire les procédures d'expropriation rencontrent sans cesse sur ce point. Il est utile d'examiner quelles sont en cette matière les décisions de la Cour suprême; de constater en quoi ces décisions rendent hommage aux principes; de dire ce qui peut être encore à faire dans cette voie pour donner aux mêmes principes une satisfaction plus complète.

Indépendamment de l'utilité qu'elle présente ainsi en elle-même, cette étude sur le droit de poursuite de chaque expropriant, doit servir en outre de point de départ et de base rationnelle à la règle uniforme que nous souhaitons de voir appliquer en France à chaque catégorie d'expropriants et peut-être même, si l'on admet un système radical, à tous les expropriants, relativement à la place qu'ils doivent occuper aux audiences publiques du jury d'expropriation.

Notre discussion va donc se diviser en deux parties distinctes, l'une consacrée à l'examen du droit de poursuite des divers expropriants, l'autre spécialement relative à la place qu'ils doivent occuper devant le jury.

## I.

*Du droit de poursuite de chaque expropriant concernant l'expropriation et le règlement de l'indemnité.*

La loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique admet, sans compter les concessionnaires, autant d'administrations expropriantes qu'il y a d'espèces de travaux publics.

Or, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, qui depuis les décisions du tribunal des conflits a suivi celle du Conseil d'État, les travaux publics se divisent en trois classes : travaux publics généraux ou nationaux, travaux publics départementaux, travaux publics communaux.

Cette division des travaux publics, en raison de leur nature et de leur destination, est écrite dans la loi du 16 septembre 1807 (art. 30) ; elle s'harmonise avec les §§ 2, 3 et 4 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, et les lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, loin d'y porter atteinte, l'ont ratifiée (art. 3 de la loi du 3 mai 1841).

La loi du 3 mai 1841 s'applique donc à trois classes principales d'expropriants :

L'État, pour l'exécution des travaux publics généraux ou nationaux ;

Les départements, pour l'exécution des travaux publics départementaux ;

Les communes, pour l'exécution des travaux publics communaux.

Il y a certaines phases de la procédure d'expropriation qui se produisent invariablement de la même manière dans les trois cas. Ce sont toutes les parties administratives de cette procédure : 1° la déclaration d'utilité publique des travaux qui, depuis le sénatus-consulte du 25 décembre 1852, doit toujours être faite par décret impérial rendu en Conseil d'État (nous ne parlons pas des règles suivies en matière de chemins vicinaux) ; 2° la désignation des territoires, qui, dans le silence du décret impérial, doit être faite par arrêté préfectoral ; 3° la détermination des parcelles dont l'emprise est nécessaire aux travaux qui doit toujours être faite par un arrêté préfectoral, connu sous le nom particulier d'*arrêté de cessibilité*.

Qu'il s'agisse de travaux généraux, départementaux ou communaux, ces règles sont invariables et l'autorité compétente pour accomplir ces actes est toujours la même. Ce n'est pas en effet, en qualité de représentant de l'État, lors même que l'État est la partie expropriante, que le préfet est exclusivement investi du pouvoir de rendre l'arrêté de cessibilité; c'est en tant que délégué du pouvoir exécutif; de sorte que son droit est le même, quelle que soit la nature des travaux.

Mais à cette période administrative de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, succède, à partir de l'arrêté de cessibilité, la période judiciaire. Il faut traiter à l'amiable de la translation de propriété ou poursuivre l'expropriation devant le tribunal de la situation des immeubles; il faut traiter à l'amiable du *quantum* de l'indemnité ou faire des offres; et si ces offres ne sont pas acceptées, il faut poursuivre près de l'autorité judiciaire compétente la nomination du jury, procéder à sa convocation, user, s'il y a lieu, du droit de récusation ouvert par la loi, et défendre les offres dans le débat contradictoire ouvert devant le jury constitué sous la direction d'un membre du tribunal.

En ce qui concerne cette phase judiciaire de la procédure, comprenant l'expropriation proprement dite et le règlement des indemnités, la loi du 3 mai 1841 doit être combinée avec la loi d'administration départementale du 10 mai 1838 et avec la loi d'administration communale du 18 juillet 1837 auxquelles le législateur de 1841 n'a entendu porter aucune atteinte.

Désormais en effet il s'agit d'agir au nom de l'administration expropriante et de la représenter.

Le préfet est le représentant de l'État; la loi du 3 mai 1841 a fait en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique l'application du principe posé dans l'article 69 § 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile. Chaque fois que l'expropriation sera poursuivie pour l'exécution de travaux publics généraux et qu'elle devra l'être au nom de l'État, le préfet aura seul qualité pour accomplir tous les actes de procédure dont nous venons de parler.

C'est cette hypothèse de l'État expropriant, que le législateur de 1841 a en vue lorsqu'il désigne le préfet comme devant accomplir les actes de poursuite dont il s'agit. Il faut représenter l'État expropriant, et la loi sur l'expropriation n'a fait

que consacrer en cette matière cette qualité de représentant judiciaire et administratif de l'État dont chaque préfet est investi dans son département.

Mais la loi de 1841 n'a pas entendu modifier les règles générales relatives à la représentation des départements et des communes.

Le préfet est à la fois le représentant de l'État et le représentant du département; il n'est obligé de laisser la représentation du département à un conseiller de préfecture qu'en cas de lutte entre le département et l'État (loi du 10 mai 1838, art. 38).

Le maire est toujours le représentant actif de la commune, aux termes de la loi du 18 juillet 1837. C'est à lui qu'il appartient d'agir et de plaider pour elle, en vertu d'une délibération de son conseil municipal.

Le maire seul, à l'exclusion du préfet, aurait qualité pour traiter de l'acquisition de la propriété; comment donc n'aurait-il pas le droit de poursuivre directement, par lui-même et non par le préfet, l'expropriation judiciaire des immeubles que lui seul a qualité pour acquérir à l'amiable? Lui refuser ce droit serait dépouiller l'autorité municipale d'un pouvoir inhérent à sa nature et que ses lois organiques ont consacré; ce serait donner à la loi sur l'expropriation une portée qu'elle n'a pas, en la mettant en contradiction avec la loi communale du 18 juillet 1837; ce serait enfin faire triompher en cette matière une doctrine de centralisation à outrance, sans excuse et sans profit.

Le maire qui seul, avec l'autorisation du conseil municipal, aurait le droit de traiter à l'amiable du règlement de l'indemnité, a seul le droit, à défaut de règlement amiable, de fixer le tableau des sommes à offrir au nom de la commune. Il a donc le droit de poursuivre le jugement de ses offres, c'est-à-dire le règlement judiciaire de l'indemnité, en provoquant directement la nomination du jury, en prenant jour avec le magistrat directeur du jury, et en faisant convoquer à sa requête pour le jour fixé les jurés et les indemnitaires.

Lui seul enfin, à l'exclusion du préfet, aura le droit de se présenter ou de se faire représenter à l'audience, de procéder aux deux récusations offertes par la loi à l'expropriant et de prendre part aux débats qui vont s'ouvrir devant le jury.

Tel est, en ce qui concerne les expropriations nécessitées par l'exécution de travaux publics communaux, le droit qui nous a toujours paru résulter de la loi sur l'expropriation combinée avec les lois d'administration communale.

L'article 20 de la loi du 3 mai 1841 contient la justification de cette théorie, puisqu'il dispose que le pourvoi en cassation formé contre le jugement d'expropriation par les expropriés « sera notifié au préfet ou au maire, suivant la nature des travaux; le tout à peine de déchéance. » C'est bien dire que s'il s'agit de travaux communaux, l'exproprié *devra* notifier son pourvoi au maire à peine de déchéance.

Cette doctrine est confirmée par un arrêt de la chambre civile du 12 mai 1858 (*Desgrées et Raud c. ville de Vannes*<sup>1</sup>) qui décide qu'en matière de travaux communaux le maire de la commune a seul qualité, à l'exclusion du préfet, pour faire les offres aux expropriés.

Déjà un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1842 (*Meritan et autres c. le maire d'Apt*<sup>2</sup>) avait consacré le droit du maire de notifier le jugement d'expropriation et les offres lorsqu'il s'agit d'une expropriation poursuivie dans l'unique intérêt d'une commune. Mais si cet arrêt, rendu par application de la loi du 7 juillet 1833 qui ne consacrait pas à cet égard d'autres principes que ceux de la loi de 1841, constatait qu'il n'est pas nécessaire que ces actes soient accomplis à la requête du préfet, et qu'ils *peuvent* l'être à la requête du maire, il n'avait pas dit qu'ils *doivent* l'être à sa requête.

C'est ce qu'a fait l'arrêt du 12 mai 1858 directement saisi de la question présentée sous ce nouvel aspect.

En droit, cet important arrêt constate « qu'aux termes de l'art. 23 de la loi du 3 mai 1841 les offres sont notifiées par l'administration, et que, lorsqu'il s'agit de travaux communaux, l'administration qui a droit d'agir et d'ester en justice est l'administration communale; que la loi du 3 mai 1841 a elle-même reconnu et maintenu, en matière d'expropriation, les pouvoirs attribués à l'autorité municipale par la législation générale; qu'en effet, d'après l'article 20, la nature des travaux détermine si c'est le préfet ou le maire qui doit être en

<sup>1</sup> Sirey-Devilleneuve, 59, 1, 270. — Dalloz, 58, 1, 323.

<sup>2</sup> Dalloz, 42, 1, 145. — Sirey-Devilleneuve, 42, 1, 420.



« cause; que les pouvoirs du maire sont reconnus par l'article 13 lorsqu'il s'agit d'aliénations des biens des communes; qu'il s'agit, dans l'espèce, de travaux à exécuter pour conduire les eaux dans la ville de Vannes; que ce sont là des travaux communaux; que c'était donc au maire et non au préfet qu'il appartenait de procéder sur l'expropriation relative à des travaux dont la ville de Vannes devait supporter les dépenses et recueillir les profits et de déterminer le montant des offres. »

En conséquence cet arrêt déclare nulles les offres faites par le préfet, et annule, par application des articles 23, 37 et 42 de la loi du 3 mai 1841, la décision du jury et l'ordonnance d'envoi en possession du magistrat directeur du jury.

En fait, cet arrêt constate que les expropriés « tant dans leur réponse aux offres, que devant le jury, avaient fait les réserves les plus expresses, à raison de l'irrégularité résultant de ce qu'il avait été procédé à la requête du préfet alors que le maire seul avait qualité pour agir. » La nullité peut en effet être couverte si les indemnitaires ont accepté le débat contradictoirement avec le préfet au lieu et place du maire.

Cette réserve de l'arrêt du 12 mai 1858 fait disparaître toute apparence de contradiction entre cette décision et celle de deux arrêts ultérieurs également rendus par la chambre civile de la Cour de cassation sur le même point.

Le premier de ces arrêts, en date du 23 décembre 1861 (*Billat c. préfet de l'Isère*<sup>1</sup>), décide « qu'au cas d'expropriation pour travaux publics intéressant l'État et une ville, la signification faite par le préfet à l'exproprié des offres de la ville en même temps que celles de l'État, est valable, si elle a eu lieu sur la demande formelle de l'autorité municipale avec laquelle le chiffre des offres avait été déterminé, et si l'exproprié a signifié lui-même au préfet, sans réserve ni protestation, son refus des offres faites avec l'indication du chiffre de sa demande, soit contre l'État, soit contre la ville, et si devant le jury, où des mandataires distincts ont comparu pour l'État et pour la ville, le débat sur les offres a été accepté et suivi par les expropriés sans protestation ni réserve contre la forme de leur signification. »

<sup>1</sup> Sirey-Devilleneuve, 62, 1, 892.

Le second de ces arrêts, en date du 4 août 1862 (*de Sieyès c. préfet de la Drôme*<sup>1</sup>), décide « qu'au cas d'expropriation « pour travaux intéressant une commune, les offres ne peuvent être annulées comme ayant été faites sans qualité par « le préfet, au lieu d'avoir été faites par le maire, lorsque « l'expropriation a été poursuivie par le préfet au nom de « l'État, que c'est au préfet que les expropriés ont fait signifier « le chiffre de l'indemnité réclamée par eux, et que c'est avec « lui que la procédure a été suivie sans protestation ni réserve. »

Le droit exclusif des maires de déterminer et de signifier les offres, toutes les fois qu'il s'agit de travaux publics communaux, est donc bien constant et consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation. Les offres faites par le préfet sont nulles, et cette nullité atteint d'une manière substantielle la décision du jury, à moins qu'elle n'ait été couverte par l'indemnitaire.

Il faut dire, par voie de conséquence, que la demande d'indemnité signifiée au préfet par un propriétaire exproprié pour travaux communaux, doit être considérée comme nulle et non avenue. C'est au maire seul qu'elle peut être valablement signifiée. Dans le cas contraire, il faudra procéder comme s'il n'y avait pas eu de demande, c'est-à-dire que l'indemnitaire pourra valablement la reproduire devant le jury, mais qu'il devra être condamné à la totalité des frais, quelle que soit la décision du jury (loi du 3 mai 1841, art. 40, § 4). Il y va de l'intérêt de la défense de la commune qu'elle soit instruite en temps utile des prétentions de ses adversaires, et elle peut l'être tardivement ou même ne pas l'être du tout, si la demande de l'indemnitaire passe d'abord par les bureaux de la préfecture.

Nous avons vu parfois, dans cette hypothèse de travaux publics communaux, des notifications faites cumulativement à la requête du préfet du département et du maire de la commune intéressée. Cette intervention inutile et sans droit du préfet, ne saurait justifier des protestations de la part de l'exproprié et motiver l'annulation des offres ainsi faites; puisqu'elles l'ont été à la requête du maire, c'est-à-dire de l'autorité compétente, le vœu de la loi est rempli. Il y a lieu d'appliquer à

<sup>1</sup> *Sirey-Devilleneuve*, 62, 1, 1064.

la mention du préfet, dans l'exploit ou l'acte administratif de notification, le brocard suivant lequel *quod abundat non vitiat*; mais l'intervention du maire suffit, et rien ne peut la suppléer, à moins que la nullité des offres ne soit ultérieurement convertie par le fait de l'exproprié.

La jurisprudence consacre donc au profit de l'administration municipale, en matière de travaux publics communaux, le droit exclusif de fixer et notifier les offres et d'ester devant le jury d'expropriation; mais elle se borne à admettre indistinctement le maire et le préfet à poursuivre la nomination et la convocation des jurés.

C'est ce qu'il résulte de deux arrêts de rejet de la chambre civile, rendus le même jour, 6 avril 1859<sup>1</sup> (*Cario c. ville de Vannes*; *Desgrée c. ville de Vannes*).

La partie de ces deux arrêts relative au point qui nous occupe est ainsi conçue :

« Sur les premier, deuxième et quatrième moyens tirés de  
 « la prétendue violation des articles 28 et 31 de la loi du 3 mai  
 « 1841, en ce que la convocation des parties, ainsi que celle  
 « des jurés, a eu lieu à la requête du maire et non du préfet :  
 « — Attendu qu'il s'est agi, dans la cause, de travaux commu-  
 « naux, et que c'était à la ville de Vannes représentée par  
 « son maire de suivre l'instance en règlement d'indemnité;  
 « — Attendu que, s'il est vrai que les actes dont le préfet est  
 « chargé comme représentant l'autorité publique, peuvent tou-  
 « jours être faits à sa requête, il ne suit pas de là que la con-  
 « vocation des jurés et des parties ne puisse être valablement  
 « faite à la requête de la partie expropriante, sauf au préfet à  
 « se concerter avec le magistrat directeur du jury pour indi-  
 « quer le jour et le lieu de la réunion; — Attendu qu'en fait,  
 « la convocation des parties et des jurés, à la requête du maire  
 « de Vannes, a eu lieu dans les délais et conditions de la loi;  
 « — D'où il suit que les articles invoqués n'ont pas été violés;  
 « Sur le troisième moyen tiré de la prétendue violation des  
 « articles 28 et 43 de ladite loi; — Attendu que le jugement  
 « du tribunal civil de Vannes portant désignation des jurés en  
 « exécution de l'article 30 de la loi de 1841 a été dûment

<sup>1</sup> Sirey-Devilleneuve, 59, 1, 957. — Dalloz, 59, 1, 164. — Journal du Palais, 59, 834.

« rendu à la requête du maire de Vannes, partie poursuivante ;  
 « ..... Rejette. »

Ainsi ces deux arrêts constatent qu'en matière de travaux communaux le maire, comme nous le soutenons, a le droit : 1° de requérir directement le jugement portant désignation du jury ; 2° de convoquer les jurés ; 3° de convoquer les parties.

C'est le point essentiel.

Mais ces arrêts provoquent nos objections, en ce qu'ils donnent au préfet les mêmes droits.

En premier lieu, en ce qui concerne la faculté de faire convoquer à sa requête les jurés et les parties que l'on reconnaît au préfet en même temps qu'au maire, même lorsqu'il s'agit de travaux communaux, nous avons les doutes les plus sérieux sur le mérite de la distinction faite par la Cour de cassation, entre les offres que le préfet n'a pas le droit de faire notifier et la convocation des jurés et des parties qu'il aurait le droit de faire faire à sa requête, bien que cette convocation ait pour objet le jugement même des offres pour lesquelles ce magistrat n'a pas qualité, d'après la Cour de cassation elle-même.

Il est vrai que la Cour suprême explique cette différence, en constatant que le préfet serait chargé de faire procéder à ces convocations en tant que *représentant de la puissance publique*, tandis que la notification des offres et à *fortiori* la fixation même des sommes à offrir devrait sans doute être l'œuvre *du représentant de la personne morale* pour le compte de laquelle a lieu l'expropriation.

Au point de vue des principes, nous avouons ne pas être convaincu de la solidité de cette distinction. Il nous est difficile d'admettre, d'une part, que la fixation et la notification des offres puissent constituer des actes touchant exclusivement la personnalité morale de l'expropriant sans être en même temps des actes de la puissance publique, et, d'autre part, que la poursuite du jugement de ces offres et surtout l'appel devant le jury des indemnitaires, parties adverses de l'expropriant, puissent intéresser exclusivement la puissance publique et non la personnalité morale dont la caisse devra payer le montant des indemnités réglées par le jury.

Cette distinction nous paraît ici subtile et peu fondée.

Nous ne nions pas que l'État doive être considéré parfois comme personne morale et parfois comme puissance

publique; mais il en est de même du département et de la commune. Leurs administrateurs ne sont pas seulement les représentants de la personnalité morale du département ou de la commune, considérés comme propriétaires, créanciers ou débiteurs; ils n'ont pas seulement la représentation des intérêts pécuniaires du département ou de la commune; ils sont en outre investis de l'autorité départementale ou municipale, et à ce titre le maire est comme le préfet, à un degré différent de la hiérarchie, le représentant de la puissance publique.

La loi du 3 mai 1841 n'a organisé l'expropriation pour cause d'utilité publique que dans l'intérêt de l'État, des départements et des communes, non parce qu'ils sont trois personnes morales, mais parce qu'ils constituent sous un triple aspect la manifestation légale de la puissance publique en France.

Aussi dans le système de la loi de 1841 et d'après cette loi (nous ne parlons pas ici des lois de 1854 et de 1865 sur les syndicats), les établissements publics communaux, ayant une individualité distincte, comme les hospices, ne sont pas admis à poursuivre une expropriation pour cause d'utilité publique; mais la commune peut exproprier dans leur intérêt, ainsi que l'a décidé un avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État, en date du 10 septembre 1850.

Si l'on va au fond des choses, on reconnaîtra qu'il en est ainsi parce que la commune est admise à poursuivre l'expropriation en tant que constituant l'une des manifestations de la puissance publique, et non pas seulement en tant que personne morale, car les hospices sont aussi des personnes morales ayant une existence distincte de celle de la commune.

La loi du 3 mai 1841 a sagement employé dans un grand nombre de ces dispositions cette expression, *l'administration*. « J'entends par l'administration la partie expropriante, » a dit M. Renouard à la chambre des députés lors de la discussion de l'article 21 de la loi. « Dans la loi, a-t-il ajouté, on a toujours dit *l'administration* pour désigner la partie expropriante. » Ce sera donc, tantôt l'administration de l'État ayant le préfet pour organe, tantôt l'administration départementale ayant encore le préfet pour représentant actif, tantôt l'administration communale représentée par le maire.

Dans chacune de ces hypothèses, le préfet et le maire sont au même titre les représentants de la puissance publique et de

la personne morale de l'État, du département ou de la commune, suivant les cas.

Il nous paraît logique de dire que lorsque la partie expropriante sera l'État ou le département, ce sera le préfet qui devra accomplir tous les actes de poursuite, et que lorsque la partie expropriante sera la commune, le maire devra en faire autant.

On pourrait peut-être objecter qu'en ce qui concerne les petites communes obligées de recourir à l'expropriation de terrains de peu d'étendue pour l'érection d'une mairie, d'une église, d'une maison d'école, d'un cimetière, d'un presbytère, il est avantageux de leur laisser la faculté d'abandonner à l'administration préfectorale, c'est-à-dire aux bureaux de la préfecture et aux mandataires du département, la poursuite de l'expropriation et du règlement de l'indemnité qui les concerne. En fait, si l'on regarde les choses de près, l'avantage ne sera pas grand; il n'y aura pas même celui de l'économie, car la commune rurale, presque toujours obligée d'avoir recours à un mandataire pour la défense de ses intérêts, ne sera en réalité dispensée que du soin de le choisir à son gré. Qu'il s'agisse d'ailleurs d'une petite ou d'une grande commune, il n'en faut pas moins que ce soit le maire qui fixe les offres, les notifie et les défende devant le jury, à quoi bon lui enlever le droit exclusif de procéder également aux autres actes de poursuite?

Toutes les opérations comprises dans la période que nous avons appelée la période judiciaire de l'expropriation, nous paraissent donc, sans qu'il soit possible de faire aucune distinction fondée sur l'importance des communes, devoir être soumises indistinctement à cette règle qui a, non-seulement le mérite de la simplicité, mais encore celui d'être logique, à savoir que tous les actes de poursuite doivent être faits à la requête du maire lorsqu'il s'agit d'une expropriation communale. Pour toutes les opérations antérieures, appartenant à la période gouvernementale ou administrative, nous avons vu au contraire que les opérations doivent toujours être accomplies, au nom de la puissance exécutive, l'une par l'Empereur, l'autre par le préfet, quelle que soit la nature des travaux.

Il ne faut pas voir dans la loi du 3 mai 1841 un développement

de centralisation qui ne s'y trouve pas. Si l'article 57 § 1<sup>er</sup> de cette loi n'a pu donner qualité au préfet pour notifier les offres au cas d'expropriation motivées par l'exécution de travaux communaux, il n'y a pas lieu d'admettre que l'article 31, qui est conçu dans les mêmes termes<sup>2</sup>, donne au préfet, dans la même hypothèse de travaux communaux, le pouvoir de poursuivre, par la convocation des jurés et surtout des parties adverses, le jugement des offres à raison desquelles il est sans qualité.

Il y a dans les arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 1859 un autre point que nous ne saurions laisser passer sans observations.

Ces arrêts dans la partie qui en est ci-dessus rapportée, après avoir dit que les convocations peuvent être valablement faites par la commune lorsqu'elle exproprie, ajoutent « *sauf au préfet à se concerter avec le magistrat directeur, conformément à l'article 4, pour indiquer le jour et le lieu de la réunion.* » Si la Cour a entendu dire par là, comme on serait naturellement porté à le croire, que, dans tous les cas, même en matière de travaux communaux, même lorsque le maire a usé de la faculté que la Cour lui reconnaît de faire convoquer à sa requête les jurés et les parties, il faut toujours que ce soit le préfet, et non le maire, qui se consulte avec le magistrat directeur relativement au jour et au lieu de la réunion, nous ne saurions nous élever trop énergiquement contre cette décision. Reconnaître que le maire *peut* convoquer les jurés et les parties, et ne pas lui permettre de se concerter seul et directement avec le magistrat directeur pour la fixation du jour et du lieu de la réunion, serait une rare inconséquence. C'est l'article 31 qui dispose que « *le préfet convoque, après s'être concerté avec le magistrat directeur* » ; si ce texte ne fait pas obstacle à ce que, lorsqu'il s'agit de travaux communaux, le maire puisse convoquer, le même texte ne peut faire obstacle à ce que le maire se consulte seul et directement avec

<sup>1</sup> « Les significations et notifications mentionnées en la présente loi sont faites à la diligence du préfet du département de la situation des biens. »

<sup>2</sup> « La liste des jurés est transmise par le préfet au sous-préfet, qui, après s'être concerté avec le magistrat directeur du jury, convoque les jurés et les parties, en leur indiquant, au moins huit jours à l'avance, le lieu et le jour de la réunion. »

le magistrat directeur pour l'indication du jour et du lieu.

L'esprit de la loi ne condamnerait pas moins cette interprétation que le texte lui-même; car le concert dont parle la loi a pour objet d'assurer que le jour fixé pour la convocation du jury entrera également dans les convenances et les nécessités des services du tribunal, d'une part, et, d'autre part, de l'administration expropriante; or quand il s'agit d'une expropriation communale, ce sont les convenances et les nécessités des services communaux qui peuvent être intéressés à la fixation du jour de convocation des jurés, et l'entente établie à cet égard entre le préfet et le magistrat directeur du jury ne saurait répondre au vœu de la loi.

En outre, si la phrase incidente de ces arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 1859 qui vient de provoquer ces dernières explications, devait être entendue dans le sens que nous combattons, elle serait en contradiction avec un arrêt antérieur rendu par la même Cour le 29 août 1854 (*d'Auger et autres c. chemin de fer de Paris à Strasbourg*<sup>1</sup>). Cet arrêt a en effet décidé que le jour de réunion du jury d'expropriation *indiqué par ordonnance du magistrat directeur du jury, rendue à la requête de la compagnie, et sans intervention du préfet*, l'a été conformément à l'article 31 de la loi du 3 mai 1841.

Résumons-nous en ce qui concerne le droit de poursuite appartenant aux maires lorsqu'il s'agit de travaux publics communaux.

Il faut dire, avec la jurisprudence de la Cour de cassation et la généralité des auteurs<sup>2</sup>, que tous les actes de poursuite quels qu'ils soient ayant pour objet l'expropriation ou le règlement de l'indemnité *peuvent se faire à la requête du maire*; il faut même ajouter, avec la Cour de cassation, que plusieurs de ces actes, tels que la détermination, la notification des offres, et le fait d'ester devant le jury pour leur défense, *doivent être l'œuvre du maire*; enfin nous nous sommes demandé si, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, il ne serait pas plus conforme aux principes et plus logique d'appliquer la même règle à tous actes de poursuite ayant pour

<sup>1</sup> Sirey-Devilleneuve, 54, 1, 736. — Dalloz, 54, 1, 320. — Journal du Palais, 55, 1, 88.

<sup>2</sup> Voir entre autres M. Daffry de la Monnoye, p. 438.



objet, soit l'expropriation, soit le règlement de l'indemnité, et de décider que tous sans distinction *doivent* être accomplis à la requête du maire, lorsque c'est dans l'intérêt de la commune qu'il faut procéder à ces diverses opérations.

Telle est, suivant nous, au point de vue du droit de poursuite en matière d'expropriation, la situation de ces trois grands expropriants, l'État, le département, la commune.

Cette situation peut être caractérisée d'un mot, en disant qu'elle doit être celle de l'égalité la plus complète, entre chacune de ces trois formes de l'administration française, entre chacune de ces trois représentations des intérêts généraux et de la puissance publique.

Mais si l'État, le département et la commune peuvent seuls, d'après la loi du 3 mai 1841, provoquer une expropriation pour cause d'utilité publique, ils peuvent, à des conditions et dans des formes déterminées par les lois et règlements, se substituer des concessionnaires. Ce peuvent être des sociétés commerciales et industrielles, comme les compagnies de chemins de fer, ce peuvent être de simples particuliers, ayant les uns et les autres, en ce qui concerne l'exécution des travaux et la poursuite d'expropriation des terrains nécessaires, la qualité juridique d'entrepreneurs de travaux publics substitués aux droits de l'État, du département et de la commune.

Aussi l'article 63 de la loi du 3 mai 1841 porte-t-il que « les concessionnaires de travaux publics exerceront tous les « droits conférés à l'administration et seront soumis à toutes « les obligations qui lui sont imposées par la présente loi. »

Cet article doit être entendu en ce sens que le droit de poursuivre le jugement d'expropriation et le règlement de l'indemnité passe de plein droit au concessionnaire, à l'exclusion de l'État, du département ou de la commune qui l'a nanti de ses droits. Mais il n'en est ainsi qu'autant que le décret d'autorisation a été rendu<sup>1</sup> et qu'il est devenu exécutoire par la remise régulière d'une ampliation de ce même décret<sup>2</sup>. Si

<sup>1</sup> Cour cass., 14 février 1855, *Yon de Jaunage et autres c. ville de Lyon* (Sirey-Devilleneuve, 55, 1, 539; Dalloz, 55, 1, 178; Journal du Palais, 55, 1, 391). — 20 mars 1855, *Togny c. ville de Lyon* (Sirey-Devilleneuve, 55, 1, 541; Dalloz, 55, 1, 169; Journal du Palais, 55, 1, 391).

<sup>2</sup> Cour cass., 24 avril 1855, *Falcoux c. ville de Lyon* (Sirey-Dev., 55, 1, 607; Dalloz, 55, 1, 132; Journal du Palais, 55, 1, 599).

c'est le concessionnaire qui a mis son privilège en société, il n'en conserve pas moins le droit de poursuivre l'expropriation en son nom personnel, ainsi que l'a jugé sous l'empire de la loi du 7 juillet 1833, dont l'article 63 a passé sans changement sérieux dans la loi de 1841, un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1836<sup>1</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1854, que nous avons cité plus haut, décide que les concessionnaires ont qualité pour provoquer directement la nomination du jury d'expropriation, la convocation des jurés et des parties, et la fixation du jour, et qu'il n'est pas nécessaire que ces mesures soient provoquées par le préfet.

Reste la question de savoir si le préfet conserve le droit d'accomplir ces actes. Il y a manifestement moins de raisons de le lui refuser que lorsqu'il s'agit du droit de poursuite passant aux mains des communes. Néanmoins nous tenons pour la même solution; la convocation des indemnitaires notamment est une véritable citation, un ajournement *sui generis* à comparaître devant un juge commun, qui nous semble devoir toujours être donné par la partie expropriante à la partie expropriée, quel que soit l'expropriant.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît évident que la fixation des offres, leur notification et leur défense devant le jury, doivent être exclusivement poursuivis par le concessionnaire, sans que le préfet, suivant ce qui a été dit plus haut relativement aux communes, ait le droit de s'y entremettre.

Tels sont les expropriants, tel est leur droit de poursuite, dans le cercle d'application de la loi du 3 mai 1841.

Des lois ultérieures sont venues multiplier les applications du droit d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'article 4 de la loi du 10 juin 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage avait déjà ouvert aux associations formées dans ce but la faculté d'expropriation; l'article 18 de la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, s'inspirant dans une certaine mesure des idées qui servent de base à la loi anglaise de *clôture*, a remplacé le texte cité de 1854, en dotant du droit d'expropriation toutes les associations syn-

<sup>1</sup> *Gaulhier L'Hardy c. Boyer-Fonfrède* (Dallos, 36, 1, 49; Sirey-Deville-neuve, 36, 1, 5, Journal du Palais, 36, 893).

dicales autorisées. Quoique l'autorité judiciaire compétente pour désigner le jury ne soit pas la même, quoique le jury compétent pour régler les indemnités soit, non le *grand jury* constitué par la loi du 3 mai 1841, mais le *petit jury* procédant d'après les dispositions spéciales de l'article 16 de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, les règles relatives au droit de poursuite doivent être les mêmes. La loi ayant admis les associations syndicales autorisées au bénéfice de l'expropriation pour cause d'utilité publique, il faut leur reconnaître un droit propre et exclusif de poursuivre l'expropriation des terrains nécessaires aux travaux pour l'exécution desquels l'association a été autorisée, et d'accomplir directement, par elles-mêmes, par les voies qu'elles jugeront les plus économiques et les plus promptes, à leurs risques et périls, tous les actes ayant pour objet le règlement de l'indemnité.

Ici se termine notre étude sur le droit de poursuite des expropriants. Nous allons revenir exclusivement désormais à l'examen de la question signalée dans l'exposé qui occupe les premières pages de cet article. Cet examen doit se rattacher aux principes que nous venons d'établir relativement à la situation juridique faite par la loi à tous les expropriants, et au droit de poursuite dont chacun d'eux est investi pour arriver aux fins de l'expropriation.

## II.

### *De la place que doivent occuper les expropriants devant le jury.*

Nous venons de rencontrer trois catégories bien distinctes d'expropriants :

1° L'État, les départements et les communes expropriant pour leur compte, et poursuivant par eux-mêmes, à leurs risques et périls, le règlement de l'indemnité par le jury ;

2° Les concessionnaires de travaux publics généraux, départementaux et communaux, expropriant pour le compte de l'État, du département et de la commune, en exerçant leurs droits, mais à leurs frais, périls et risques personnels, en raison des conditions réglées par l'acte de concession ;

3° Les associations syndicales autorisées, investies par la

loi du 21 juin 1865 de l'aptitude à jouer le rôle d'expropriant.

Dans le nouvel ordre d'idées qui doit désormais nous occuper d'une manière exclusive, et qui rattache directement cette dernière partie de notre travail à l'exposé de principes et de faits qui lui a servi d'introduction, nous allons nous expliquer successivement dans l'ordre qui vient d'être indiqué en ce qui concerne ces trois catégories d'expropriants. Ceux de la première catégorie, l'État, les départements et les communes, seront naturellement l'objet de développements plus étendus, qui nous permettront de parler plus brièvement des deux dernières catégories d'expropriants.

Nous avons décrit dans l'exposé placé au début de cet article les errements si profondément divers, suivis dans chaque arrondissement, en ce qui concerne la place occupée par les expropriants à l'audience du jury d'expropriation; nous avons dit comment cette place est tantôt la barre, tantôt une place distincte qui, en fait et en raison de la disposition des lieux, est le siège destiné dans les audiences du tribunal au magistrat du ministère public.

Demandons-nous quelle est la meilleure règle à suivre, en nous plaçant au seul point de vue des principes? Est-il préférable que l'État, le département et la commune expropriants, occupent, dans la personne de leurs représentants et mandataires, une place particulière et soient admis à prendre le siège réservé au ministère public dans les audiences d'une autre nature? N'est-il pas préférable au contraire de les voir se placer à la barre, comme les expropriés? Nous n'hésitons pas à reconnaître que de bonnes raisons peuvent être invoquées dans un sens et dans l'autre.

Il y en a pour autoriser ces expropriants, l'État, le département et la commune, à occuper ce siège plus élevé.

Dans ce sens on peut dire avec raison que le préfet qui représente l'État, le préfet qui représente son département, le maire qui représente sa commune, devant le jury d'expropriation, n'agissent pas seulement au nom des intérêts pécuniaires de ces personnes morales, mais en tant qu'organes de la puissance publique, constitutionnellement armée dans un but d'ordre et de progrès social du droit exorbitant d'exproprier et de faire régler judiciairement les indemnités. Ils procèdent au nom de l'intérêt général et public dans l'une des luttes les

plus graves qu'il ait à soutenir contre l'intérêt individuel et le droit privé.

Il peut être rationnel de traduire dans les faits et dans les dispositions matérielles de l'audience, cette incontestable différence de situation juridique et légale qui existe entre l'administration expropriante et les expropriés.

C'est ainsi que les agents de l'administration des forêts, directement chargés de la poursuite des délits forestiers devant les tribunaux et les chambres de police correctionnelle des Cours impériales, sont invités à occuper un siège à côté du ministère public. Il est vrai qu'ils se présentent à l'audience revêtus de leur costume officiel.

L'autorité judiciaire ne peut guère ne point admettre au même privilège le préfet ou le maire qui se présenteraient devant le jury d'expropriation, revêtus, comme ils en ont le droit incontestable, de leur costume officiel ou même seulement de l'écharpe qui est le signe de l'autorité et reste toujours, en fait, pour la plupart des administrateurs municipaux l'unique marque distinctive de leur pouvoir.

Ce que nous disons du préfet et du maire est également vrai, d'une part, du secrétaire général ou du conseiller de préfecture, et, d'autre part, de l'adjoint, délégués par eux pour les remplacer devant le jury.

Mais, à moins d'en faire une question de costume, du moment qu'il serait admis que le préfet et le maire ou leurs délégués ont le droit d'occuper cette place devant le jury lorsqu'ils se présentent revêtus de leurs insignes, il pourrait sembler puéril d'en faire pour les y admettre une condition *sine quâ non*. Ce ne serait plus du reste qu'une question d'ordre éminemment secondaire.

Si le préfet et le maire ou leurs délégués officiels sont personnellement admis à occuper ce siège, il est bien difficile de refuser à l'avocat qui les assiste, qui parle en leur nom pour la défense des intérêts qu'ils représentent, de prendre place à côté d'eux : ne pas l'admettre serait retirer d'une main ce qu'on aurait accordé de l'autre, car parmi ces administrateurs les uns ne peuvent pas présenter par eux-mêmes la défense orale des intérêts qu'ils représentent, et les autres, par des motifs divers, ne le veulent pas et préfèrent confier cette mission à un homme d'affaires.

Si le plus souvent cet homme d'affaires, aux lumières et à la parole duquel l'administration a recours pour présenter sa défense devant le jury d'expropriation, est un avocat, ce pourrait être aussi, surtout dans les affaires de minime importance, un avoué. On ne saurait y voir un motif pour changer la solution.

Enfin il est une dernière hypothèse qui, dans cet ordre d'idées, peut se présenter, c'est celle où le préfet et le maire n'assistent à l'audience ni par eux-mêmes ni par leurs délégués officiels, et se font représenter devant le jury par un mandataire assisté d'un avocat, ou avocat lui-même au sein des barreaux qui croient peut-être ne pas devoir s'interdire d'une manière absolue l'acceptation de toute espèce de mandat ou procuration. Dans ce cas, on peut encore dire que malgré l'absence des administrateurs de l'État, du département et de la commune, ce n'en est pas moins en leur nom, et au nom des intérêts qu'ils représentent et de l'autorité publique, que cette défense va se produire.

Telles sont les principales considérations qui, dans toutes les hypothèses de nature à se produire dans l'ordre des faits, semblent pouvoir être invoquées pour justifier cette règle que l'État, les départements et les communes expropriants, devraient occuper le siège du ministère public à l'audience du jury d'expropriation.

Les raisons ne manquent pas non plus pour décider qu'ils devraient se mettre à la barre, ou du moins qu'ils devraient occuper une place qui ne puisse pas constituer à leur profit, aux yeux du public, des parties et du jury lui-même, une prérogative et un privilège.

On peut demander qu'il en soit ainsi au nom du droit de propriété. Ce droit, dans l'espèce, a été forcé sans doute de s'incliner devant l'intérêt social; il a vu consommer son plus complet sacrifice, mais sous la condition du paiement d'une juste indemnité. Le jury forme la juridiction souveraine chargée, lorsque les parties n'ont pu traiter à l'amiable, de fixer cette indemnité. S'il ne faut rien faire pour permettre de surprendre la religion du jury, pour faciliter des erreurs qui auraient pour conséquence d'enrichir l'exproprié au détriment des contribuables, il ne faut rien faire non plus qui puisse, dans les formes suivies, diminuer devant le jury les garanties

suprêmes, dont le droit de propriété a été environné par une législation libéralement inspirée du désir de donner une légitime protection à tous les intérêts.

Permettre aux expropriants, même lorsque ces expropriants sont l'État, le département et la commune, d'occuper devant le jury le siège du ministère public, n'est-ce pas provoquer dans les esprits une assimilation qui n'est pas exacte? Car le ministère public, aux audiences civiles, n'est, en principe, que partie jointe, et si, dans les audiences correctionnelles et criminelles il est partie principale, il cesse de l'être, du moment que, le débat venant à se transformer, la juridiction répressive est appelée à statuer sur des intérêts pécuniaires.

La parole du ministère public est donc une parole toujours désintéressée dans les questions d'argent. En est-il de même dans les affaires d'expropriation de la parole de l'État qui exproprie, du département qui exproprie, de la commune qui exproprie? Sans doute le préfet et le maire sont aussi personnellement désintéressés dans ces débats que le magistrat du ministère public; il n'est pas question de leur intérêt personnel et privé qui ne saurait être plus mêlé à ces matières qu'à tout ce qui touche les autres parties de leur administration. Il s'agit uniquement de la fonction, de la mission légale dont l'administrateur est investi et qu'il vient remplir devant le jury, soit par lui-même, soit en ayant recours à un autre ministère procédant en son nom. C'est en se plaçant à ce point de vue, le seul possible, que l'on peut dire que la parole de l'État, du département et de la commune n'est, ni en fait, ni en droit, aussi désintéressée dans les débats engagés devant le jury d'expropriation, que la parole du ministère public devant les Cours et tribunaux. Sans doute on ne peut pas sérieusement se refuser à reconnaître que l'État expropriant, le département expropriant, la commune expropriante, ne sont pas seulement des personnes morales, mais bien des unités administratives agissant au nom de la puissance publique dont elles constituent les diverses manifestations; il n'en est pas moins vrai qu'il s'agit en réalité de débattre une question pécuniaire, une question d'argent, à laquelle l'État, le département et la commune sont intéressés au premier chef. Leur rôle devant le jury d'expropriation n'est donc pas et ne peut pas être celui des magistrats du ministère public dans les audiences de jus-

tice. Donc lorsqu'on les laisse monter sur le même siège, on fait entre deux situations profondément différentes une assimilation qui manque d'exactitude, et qui, par cela même, est dangereuse au point de vue des impressions du jury, dangereuse pour le droit de propriété, parce qu'elle peut inspirer au jury des idées fausses.

Enfin, peut-on dire encore dans ce sens, la solution la plus favorable au droit de propriété, la solution la plus libérale à ce point de vue doit consister à faire mettre l'expropriant à la barre comme l'exproprié, ou du moins à une place qui, dans l'esprit du public, des indemnitaires et des jurés, ne puisse inspirer l'idée d'aucune supériorité de situation juridique. Alors seulement il y aura réellement entre les deux parties, partie expropriante et partie expropriée, cette égalité dans la liberté de la défense qui doit exister entre deux adversaires luttant pour leurs intérêts respectifs.

Telles sont les idées qui militent contre l'admission de cette première catégorie d'expropriants au droit d'occuper devant le jury, soit le siège ordinaire du ministère public, soit tout autre place analogue.

Nous nous sommes attaché dans ce langage que nous venons de prêter tour à tour à l'administration expropriante et aux indemnitaires, à ne point affaiblir les raisons de décider qui nous ont, en conscience, paru de nature à être invoquées dans un sens et dans l'autre.

Elles peuvent paraître délicates, et nous pouvons comprendre l'embarras et l'hésitation.

Mais ce que notre esprit se refuse à comprendre, c'est que l'on puisse raisonnablement faire une distinction entre ces trois expropriants; c'est que l'on puisse avoir une règle en ce qui concerne l'État, et que cette règle ne soit pas suivie en ce qui concerne le département; c'est que l'on puisse avoir une règle pour l'État et le département, et que cette règle ne soit pas suivie en ce qui concerne les communes grandes ou petites, riches ou pauvres!

Autant nous nous sommes montré facile, sinon indifférent, en ce qui concerne le choix à faire entre les deux systèmes contraires, puisque nous venons de dire qu'il y a de bonnes raisons dans les deux sens, et que nous nous sommes complu à les exposer les unes et les autres avec une entière impartialité.



lité, autant nous croyons ne pouvoir nous élever trop énergiquement contre toute prétention ayant pour objet de faire, au point de vue qui nous occupe, des distinctions entre l'État, le département et la commune.

Les travaux nationaux, départementaux et communaux sont également admis à la dénomination de travaux *publics*, et placés sous l'empire de la législation spéciale qui les concerne.

Les deniers des communes et des départements sont des deniers *publics* comme ceux de l'État.

Ils ont tous pour principale source productive l'impôt.

L'indemnité d'expropriation est toujours supportée par les contribuables.

L'immeuble exproprié est également destiné à augmenter, lorsqu'il aura reçu sa nouvelle destination, le domaine public national, départemental ou communal, ou bien à devenir un édifice public national, départemental ou communal.

La commune et le département ne sont pas seulement des personnes morales comme l'État; ce sont aussi, comme l'État, des unités administratives, ayant chacune leur administration propre, constituant autant de manifestations de la puissance publique.

Si l'on reconnaît la puissance publique dans l'État expropriant, on doit voir la puissance publique dans le département expropriant, on doit également voir la puissance publique dans la commune expropriante, soit devant le grand jury lorsqu'il s'agit de places, rues, édifices publics, soit devant le petit jury lorsqu'il s'agit de chemins vicinaux.

Lorsque le préfet représente le département expropriant, son titre et ses droits ne sauraient être moindres que ceux du préfet représentant l'État; et ceux du maire représentant la commune ne sauraient être autres que ceux du préfet représentant le département.

Établir des distinctions entre eux au point de vue de la place à occuper devant le jury d'expropriation, c'est méconnaître, sans aucun motif plausible et raisonnable, les principes exposés dans le cours de ce travail et les vérités élémentaires que nous venons de rappeler; c'est se livrer à l'arbitraire et gravement pécher par oubli, et par ce mot nous affaiblissons d'une manière sensible l'expression de notre pensée.

Ces trois expropriants, l'État, le département et la commune,

doivent tous, indistinctement et partout, être appelés à occuper devant le jury le siège ordinaire du ministère public; ou bien ils doivent tous, indistinctement et partout, être tenus de se placer à la barre ou à une place équivalente.

Le comble de l'inconséquence et de l'arbitraire serait (nous l'avons vu cependant!) d'accorder les honneurs du fauteuil du ministère public à des concessionnaires là où départements et communes n'y seraient pas admis.

Il faut au contraire poser en thèse que si une situation réputée moins avantageuse devait être faite à certains expropriants, ce devrait être aux concessionnaires.

Ils ne puissent en effet leur droit personnel de poursuite en qualité d'expropriants que dans la disposition ci-dessus reproduite de l'article 63 de la loi du 3 mai 1841, qui permet aux concessionnaires de travaux publics d'exercer *tous les droits conférés à l'administration par la présente loi*.

Or, pour que les concessionnaires puissent demander à occuper devant le jury d'expropriation la place distinguée dont nous parlons, il faut d'abord admettre que l'*administration* ait elle-même ce *droit* (ce qui est au moins douteux); et s'il est vrai (ce qui n'est pas sérieusement contestable et nous croyons l'avoir démontré) que cette expression *l'administration* embrasse l'administration départementale et l'administration communale aussi bien que celle de l'État, on ne voit pas comment des concessionnaires de travaux publics pourraient user d'un *droit* que n'auraient pas également tous les organes de l'administration, c'est-à-dire l'État, le département et la commune.

Il faut dire en outre qu'il résulte du texte même de l'article 63 que les droits de l'administration auxquels cet article subroge les concessionnaires sont seulement ceux que lui confère la loi du 3 mai 1841; c'est ce qu'a jugé avec grande raison un arrêt de la Cour impériale de Toulouse du 16 février 1864<sup>1</sup>, décidant même que la substitution d'une compagnie de chemin de fer à l'État résultant de l'article 63, *ne s'étend nullement aux privilèges généraux dont jouit l'État en toute matière*. Or il nous paraît impossible de dire que le droit d'occuper devant le jury d'expropriation telle place plutôt que telle autre, résulte,

<sup>1</sup> Chemin de fer d'Orléans c. Roudiz (Sirey-Devilleneuve, 64, 2, 71).

soit directement, soit indirectement, d'aucune disposition de la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Nous n'avons puisé les considérations qui peuvent militer en faveur de l'État, du département et de la commune expropriants, pour leur faire occuper devant le jury un siège supérieur, que dans les lois générales qui président à l'organisation administrative du pays, et dont les principes et les textes ne sauraient être appliqués aux concessionnaires de travaux publics.

Même en nous plaçant à ce point de vue, même en ne parlant que de l'administration nationale, départementale et communale, nous avons évité de présenter, comme étant le respect et la consécration d'un *droit*, l'occupation possible par ces trois expropriants du siège ordinaire du ministère public ou de tout siège analogue à l'audience du jury d'expropriation. Nous ne l'avons présentée que comme une *faculté* qui (si l'on croyait à propos de l'admettre) devrait être partout et indistinctement admise au profit de l'État, du département et de la commune.

Or ces considérations perdent singulièrement de leur portée lorsqu'on se demande s'il convient d'accorder la même *faculté* aux concessionnaires expropriants. Le droit de poursuite, que nous avons vu leur appartenir directement, est impuissant par lui-même, ainsi que la disposition de l'article 63 de la loi de 1841, pour les faire admettre au bénéfice de cette situation exceptionnelle; et l'on ne peut plus dire dans cette hypothèse que l'expropriant soit en réalité l'organe de la puissance publique, puisqu'il n'en est alors que le subrogé.

D'autre part, toutes les considérations si puissantes, en faveur d'une égalité de situation devant le jury entre l'expropriant et l'exproprié, que nous avons opposées alors même qu'il s'agit de l'État, du département et de la commune expropriant par eux-mêmes et pour leur compte; se dressent avec un singulier redoublement d'énergie lorsque l'expropriant est un concessionnaire de travaux publics.

Alors apparaît surtout un intérêt privé en lutte contre un autre intérêt privé, un intérêt (très-respectable sans doute) de spéculation industrielle et commerciale en lutte avec le droit de propriété. C'est surtout alors que le droit de propriété, dans la personne des indemnitaires, a le droit de revendiquer une

complète égalité de situation entre l'expropriant et lui dans toutes les conditions du débat qui va s'ouvrir devant le jury. C'est surtout alors qu'il est absolument vrai de dire que la voix qui va s'élever au nom de l'expropriant (celle d'un ingénieur ou d'un architecte, d'un membre du barreau ou d'un mandataire quelconque) ne saurait jamais, si consciencieuse et si respectée qu'elle soit, être équitablement assimilée à la voix impartiale et désintéressée du ministère public dont le siège aurait été un instant usurpé. C'est surtout alors qu'il est aussi convenable que juste et sage d'éviter dans l'esprit du public, des parties et des juges, tout ce qui serait de nature à donner la pensée d'une assimilation parfaitement mensongère.

Ce que nous disons là s'applique au même titre aux concessionnaires de travaux publics nationaux, aux concessionnaires de travaux publics départementaux, aux concessionnaires de travaux publics communaux. L'article 63 de la loi du 3 mai 1841, comme l'article correspondant de la loi du 7 juillet 1833, comme la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, comme la loi du 15 septembre 1807, les a tous confondus dans l'exercice des mêmes droits et l'obligation aux mêmes devoirs. Les textes ne permettent pas de distinction ; les principes encore moins.

Textes et principes sont aussi les mêmes, que les concessionnaires de travaux publics soient de simples particuliers, hommes de l'art ou capitalistes, ou que ce soient des sociétés industrielles et commerciales. Peu importe leur forme en nom collectif, en commandite ou anonyme ! Peu importe aussi l'étendue de leur mission, la puissance des capitaux qu'elles représentent et des moyens d'action dont elles disposent ! Ces sociétés petites ou grandes doivent suivre une même loi ! Et cette loi doit être la même pour elles et pour les entrepreneurs agissant en vertu d'une concession obtenue en leur propre et privé nom et qu'ils réalisent avec leurs seuls moyens d'action !

Les compagnies de chemin de fer ne sauraient légitimement prétendre devant le jury d'expropriation à des prérogatives dont ne seraient pas également appelés à jouir tous autres concessionnaires de travaux publics expropriants. Les ingénieurs qui se présentent devant le jury, assistés ou non d'un avocat, alors même qu'ils appartiennent au corps impérial des ponts et chaussées, ne sont pas là en qualité d'ingénieurs de l'État ; ils ne se présentent et n'ont le droit de se présenter devant le

jury dans ces sortes d'affaires, qu'en qualité d'agents de la compagnie. L'État leur a permis d'entrer au service des compagnies, trop heureuses de s'assurer leurs talents et leur expérience par des traitements autrement élevés que ceux que peut leur donner l'État. Mais nul ne doit ignorer que par leur bouche c'est la compagnie qui parle; c'est l'expropriant qui, dans l'intérêt de ses actionnaires, défend ses prétentions.

On ne peut chercher sans doute à distinguer entre elles les petites et les grandes compagnies de chemins de fer; le Nord, le Lyon et l'Orléans sont de puissantes compagnies de chemin de fer; mais la compagnie du chemin de fer de Béziers à Graissessac a été mise en faillite. Qu'importent l'étendue et les ressources du réseau? Qu'importe l'existence de subventions de l'État? Qu'importent même au point de vue qui nous occupe ces stipulations de garantie d'intérêts donnée par l'État, dont le Nord, la compagnie qui passe pour la plus prospère, a voulu et failli se dégager, tandis que le gouvernement n'a eu la peine ni de présenter ni de retirer nul projet de loi de cette nature en ce qui concerne les autres grandes compagnies de chemins de fer français? Aurait-on distingué, au point de vue qui nous occupe, le Nord, s'il eût réussi dans ces tentatives d'émancipation, d'avec le Lyon, l'Orléans et les autres? Non, sans doute.

La situation juridique est la même pour toutes les compagnies de chemins de fer; ce sont toutes des sociétés commerciales. Ces compagnies de chemin de fer (un honorable député, qui s'est personnellement acquis dans les matières économiques et administratives une légitime notoriété, vient de le dire dans la séance d'hier du Corps législatif <sup>1</sup>) *ne sont pas autre chose que des marchands de transport*. Disons, pour compléter la pensée du savant député, que, pendant la période de construction du chemin et de chacune de ses parties, la compagnie est un entrepreneur de travaux publics, et que pendant la période d'exploitation elle est un entrepreneur de transports.

Bientôt, en vertu de la loi du 12 juillet 1865 sur les chemins de fer d'intérêt local, il faut espérer que nous verrons exécuter des chemins de fer départementaux et communaux. La loi

<sup>1</sup> Discours prononcé par M. Édouard Dalloz dans la discussion du dixième paragraphe de l'adresse; *Moniteur* du jeudi 15 mars 1866, p. 310, 1<sup>re</sup> col.

ÿ convoqué, non-seulement les départements et les communes, mais aussi des concessionnaires; il faut espérer que des sociétés locales pourront se former dans ce but; les subventionnés départementales et communales ne leur feront pas défaut, et celles du Trésor public leur sont promises par la loi elle-même. Distinguera-t-on les compagnies qui ont accru et doivent accroître de nouvelles lignes de fer le domaine public national et ces compagnies également subventionnées qui doivent donner un nouvel élément au domaine public départemental et communal, et auxquelles les pouvoirs publics promettent à tous les degrés la plus large sollicitude?

En un mot, toutes les compagnies de chemin de fer, toutes les sociétés et tous les particuliers expropriants aux termes de l'article 63 de la loi du 3 mai 1841, sont tous des entrepreneurs de travaux publics.

La situation juridique est entre eux tous la même, au point de vue commercial et administratif. Pour tous il y a dans l'exécution de ces travaux publics nationaux, départementaux et communaux, un intérêt privé de spéculation industrielle, qui vient sans doute en aide à l'intérêt public, qui est parfaitement légitime et digne de la protection que la loi lui donne, mais qui est naturellement appelé à se produire avec énergie dans le débat relatif à la fixation de l'indemnité qui va s'engager devant le jury.

Si l'on admet toujours l'administration, c'est-à-dire l'État, le département et la commune, à occuper le siège ordinaire du ministère public, et si l'on croit devoir admettre un concessionnaire quel qu'il soit à l'occuper aussi, il faut, sous peine d'arbitraire, les y admettre tous! Mais est-il sage de le faire? Est-il juste de briser à leur profit l'égalité de situation que réclame le droit de propriété? Nous croyons avoir surabondamment donné à ces questions tous les éléments de solution.

Enfin, en ce qui concerne les associations syndicales auxquelles la loi du 21 juin 1865 est venue donner le droit d'expropriation en dehors des prévisions de la loi du 3 mai 1841, il est encore absolument vrai de dire que c'est un intérêt privé qui, devant le jury d'expropriation, lutte contre les indemnitaires. Sans doute le législateur a considéré que les travaux à entreprendre, tout en satisfaisant d'une manière directe cet intérêt privé d'un certain nombre de propriétaires,

formant un intérêt collectif *sui generis*, était destiné à contribuer à l'utilité générale; sans doute le législateur a cru devoir placer parmi ses moyens d'action, à titre exceptionnel, le droit d'expropriation; mais en débattant devant le jury le chiffre de l'indemnité due aux expropriés, les membres de l'association syndicale expropriante ne font que défendre comme les indemnitaires eux-mêmes, au mieux de leurs intérêts, leur fortune personnelle. Dans une pareille situation on pourrait chercher en vain un bon motif pour assigner devant le jury des places différentes aux associations syndicales et aux indemnitaires, aux expropriants et aux expropriés.

Résumons les idées qui viennent de recevoir leur développement dans cette dernière partie de notre article.

Il y a trois catégories distinctes d'expropriants.

La première est formée de l'administration expropriante, c'est-à-dire l'État, le département et la commune.

Il peut y avoir quelques raisons plausibles pour leur permettre d'occuper à l'audience du jury d'expropriation le siège ordinaire du ministère public. Il y en a de fort graves pour le leur interdire, et nous inclinons personnellement à leur donner la préférence.

Mais ce qui est essentiel, ce qui est urgent, c'est d'appliquer la même règle, quelle qu'elle soit, à l'État, au département et à la commune, entre lesquels il est impossible de faire, au point de vue qui nous occupe, aucune distinction raisonnable.

Ce qui est également essentiel et urgent, c'est d'appliquer cette règle unique d'une manière uniforme dans toutes les parties du territoire, c'est-à-dire dans tous les arrondissements de France, et de mettre ainsi un terme à la situation anormale que nous avons signalée.

La seconde catégorie d'expropriants est formée des concessionnaires.

Si l'on contraint l'administration elle-même, c'est-à-dire l'État, le département et la commune, à se mettre à la barre, (ce qui, indépendamment des autres avantages déjà signalés, aurait le grand mérite de permettre l'établissement d'une règle unique pour tous les expropriants et dans toutes les hypothèses), c'est par argument *a fortiori* que l'on devra imposer à tous les concessionnaires l'obligation d'en faire autant.

Alors même que l'on croirait devoir admettre l'administra-

tion expropriante à occuper le siège ordinaire du ministère public, il y a des raisons décisives pour refuser ce droit aux concessionnaires de travaux publics, admis à procéder au lieu et place de l'État, du département et de la commune.

Tous les concessionnaires de travaux publics quels qu'ils soient doivent être soumis à la même règle, et surtout on ne saurait, sans fouler aux pieds les principes de droit les plus certains, les vérités les plus élémentaires, la justice et le bon sens, faire à des concessionnaires une situation réputée meilleure que celle qui serait faite à l'administration départementale et communale.

Enfin en ce qui concerne les associations syndicales expropriantes, nous ne voyons pas plus que pour les concessionnaires de bonnes raisons d'altérer à leur profit l'égalité des plaideurs devant la justice; nous en verrions plutôt un peu moins encore.

Telle serait, suivant nous, pour chacun et dans chaque hypothèse, la règle à établir.

Mais ce que nous demandons surtout, c'est que des règles générales, sagement coordonnées, uniformes, soient substituées au régime de l'arbitraire et de l'anarchie.

Ce régime subsistera tant que la solution de cette question restera comprise dans le pouvoir de police d'audience appartenant au magistrat directeur du jury d'expropriation, agissant à cet égard spontanément ou sur le seul avis de son tribunal. Chaque tribunal, chaque magistrat directeur, pourrait continuer à se faire et conserver sa jurisprudence personnelle, sans possibilité d'arriver jamais à l'unité d'exécution pratique de la loi.

Le pourvoi en cassation n'offre en effet qu'un moyen bien douteux d'arriver à ce but raisonnable.

L'expropriant qui s'aviserait, fût-il l'État, un département ou une commune, de se pourvoir en cassation parce qu'on lui aurait refusé le siège du ministère public, serait assuré de voir son pourvoi rejeté par la Cour suprême. Du reste, pour peu qu'il soit prudemment conseillé, l'expropriant hésitera, lorsqu'il rencontrera la résistance du magistrat directeur, d'entrer sur ce point, et devant le jury qui l'entend sans le juger, dans un débat de cette nature auquel les indemnitaires auraient le droit incontestable et presque toujours un intérêt à prendre



part par voie de conclusions contraires formellement formulées devant le magistrat.

Lorsque le magistrat directeur du jury a admis, au contraire, l'expropriant à occuper ce siège si envié de quelques-uns, ou tout autre analogue, les indemnitaires qui auraient protesté et conclu en sens contraire à l'effet de rendre obligatoire l'insertion de l'incident au procès-verbal, pourraient sans doute s'en faire un moyen de cassation. La Cour régulatrice examinerait si le droit de la défense n'a pas reçu chez les indemnitaires quelque atteinte des prérogatives accordées à l'expropriant, de l'assimilation inexacte que cette situation aurait faite entre le ministère public et lui, et du préjudice qu'il aurait pu en souffrir dans le règlement de l'indemnité. On peut tenter ce pourvoi. Mais nous avons quelques doutes sur sa réussite. Nous doutons que la Cour suprême y puisse voir, surtout lorsqu'il s'agit de l'administration procédant par elle-même dans la personne du préfet ou du maire assistés ou non de divers auxiliaires, la violation d'aucune loi et un motif de cassation. Peut-être jugerait-elle que, dans l'état actuel de la législation, et bien qu'il soit grave de laisser un tel point à sa discrétion, le magistrat directeur du jury en agissant ainsi n'aurait fait qu'user de ses pouvoirs de police d'audience?

C'est donc une lacune que nous constatons dans la loi, lacune que sont venues dévoiler, dans la mise en œuvre de la loi, des prétentions et des faiblesses que les législateurs de 1833 et de 1841 sont excusables de n'avoir pas prévues, mais il faudrait se hâter d'y porter remède pour faire disparaître au plus tôt la situation regrettable que nous avons décrite.

Nous ne nous le dissimulons pas : il n'est guère permis d'espérer qu'une disposition législative vienne bien promptement porter remède au mal.

Du reste, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une disposition législative, un décret réglementaire pourrait en quelques lignes ou même d'un mot prescrire à cet égard les mesures d'exécution désirables.

Sans même qu'il soit nécessaire de faire intervenir le pouvoir réglementaire de l'Empereur, le chef éminent de la justice française peut, par voie d'ordres intérieurs, faire cesser quand il le voudra l'état de choses signalé. Une circulaire de Son Exc. M. le garde des sceaux empêcherait la continuation ou

le retour de disparates choquantes; elle rétablirait dans cette partie de nos institutions judiciaires l'unité d'exécution et d'application des lois. Nous faisons des vœux pour qu'un acte de cette nature vienne au plus tôt faire cesser toute diversité d'exécution de la loi sur un point de cette nature, qui saisit directement les regards des populations et frappe leurs esprits avec plus d'énergie que l'application des règles exclusivement relatives au fond du droit.

TH. DUCROCQ.

## LE TRAITÉ D'EXTRADITION ENTRE LA FRANCE ET L'ANGLETERRE.

A PROPOS

D'UNE RÉCENTE DÉCISION DE LA COUR DU BANC DE LA REINE.

Par M. Georges PICOT, juge suppléant au tribunal de la Seine.

Les difficultés qui se sont produites entre les gouvernements français et anglais au sujet de l'exécution du traité d'extradition de 1843 sont à la veille d'être entièrement résolues.

La question vient d'entrer dans une phase toute nouvelle, et le moment nous paraît d'autant plus opportun pour rappeler rapidement l'origine du débat, qu'il nous est permis d'entrevoir son terme prochain.

Le 13 février 1843, une convention signée à Londres organisait l'extradition des accusés anglais et français en matière de meurtre, de faux et de banqueroute frauduleuse.

A la fin de l'année 1865, aucun accusé français n'avait encore été livré par l'Angleterre.

Que s'était-il passé? Les préjugés nationaux devaient-ils être seuls responsables d'une si déplorable résistance? On avait certes raison de se plaindre des exigences sans cesse renouvelées des juges anglais; mais devait-on n'accuser que l'Angleterre? La France qui avait si loyalement exécuté le traité lorsqu'il s'agissait d'accorder une extradition, avait-elle compris aussi exactement ses prescriptions quand elle avait réclamé un fugitif?

Examinons rapidement ces diverses questions : nous verrons d'abord les obstacles qui se sont élevés, — puis les con-

cessions récentes qui ont modifié le différend, — enfin nous nous demanderons à quel prix on peut espérer aujourd'hui une exécution sincère du traité.

### § I.

En étudiant les clauses de la convention et l'Acte qui l'accompagne, n'était-il pas possible de prévoir à quelles vicissitudes il serait soumis? Pour qui connaissait l'organisation judiciaire si différente dans les deux pays, tous les doutes étaient permis. Tandis qu'en France le garde des sceaux, agent du pouvoir exécutif, placé au sommet de la hiérarchie judiciaire, devait accorder<sup>1</sup> ou refuser l'extradition; en Angleterre, le juge de paix dans les comtés, le magistrat de police dans les villes, gardiens immédiats de la liberté individuelle, étaient chargés de statuer sur les demandes. En France, où était jadis en usage la procédure écrite, le ministre de la justice ne devait connaître que les pièces produites; en Angleterre, où règne la procédure orale, le magistrat était commis à l'effet d'*entendre* le fugitif sur les faits mis à sa charge par le mandat d'arrêt. Ainsi, en France, c'était le pouvoir exécutif, en Angleterre, le pouvoir judiciaire qui étaient seuls compétents pour exécuter le traité.

Loin de blâmer de telles différences, nous les croyons conformes à la nature des choses. En ces sortes de matières, les avantages réciproques ne peuvent point revêtir des formes identiques, et l'égalité ne saurait jamais être absolue, à moins que les mœurs judiciaires et les principes qui dominent la législation criminelle ne soient les mêmes chez les deux contractants. Ici, tout était dissemblable : Tandis que dans un pays les habitudes administratives régnaient sans partage, dans l'autre la publicité de tous les débats était érigée en maxime de droit public. En Angleterre, quelle que soit la décision à prendre, les motifs qui l'ont dicté doivent tôt ou tard être soumis à l'opinion, souverain juge des actes du gouvernement. Il est donc conforme aux mœurs de chaque pays qu'en France un ministre du fond de son cabinet, en Angle-

<sup>1</sup> En France c'est le souverain, chef du pouvoir exécutif, qui seul accorde l'extradition; mais sa décision étant préparée par un rapport émané du garde des sceaux, nous avons cru simplifier la discussion en ne mentionnant que l'autorité dont l'opinion prévaut.

terre un magistrat en audience publique, exercent la même compétence. De cette double origine devaient découler des conséquences absolument différentes, dont une critique impartiale doit nécessairement tenir compte.

Un rapide exposé des faits qui ont suivi la signature du traité rendra plus claire encore la situation des deux gouvernements.

La convention conclue le 13 février 1843 à Londres, par M. de Saint-Aulaire et lord Aberdeen, avait été promulguée par le Roi le 18 mars et publiée au *Bulletin des lois* dès le 21. A partir de cette dernière date, la France était absolument liée par le traité : il faisait partie de nos lois, et depuis lors l'Angleterre réclamant l'extradition d'un de ses nationaux était assurée que les conditions de l'article 1<sup>er</sup> du traité de Londres seraient exécutées à son profit.

Telle n'était pas la situation du gouvernement anglais vis-à-vis de nous. Sa constitution ne lui permettait pas de s'engager si vite : le traité devait être soumis aux délibérations du parlement. L'acte qui fut présenté à la chambre des lords contenait, à la suite du texte de la convention, plusieurs dispositions destinées à régler les procédures d'extradition. Or que devaient être ces dispositions ? le développement et l'application pratique de cette phrase du traité : « que le magistrat serait commis à l'effet d'entendre le fugitif sur les faits mis à sa charge par le mandat d'arrêt et de faire un rapport. » Les jurisconsultes anglais chargés de ce soin ne connaissaient que les formes de la procédure orale : ils avaient vieilli entourés de ces antiques usages ; s'ils consentaient avec peine à restreindre le droit d'asile en livrant un étranger réfugié sur le sol anglais, ils étaient du moins fermement résolus à protéger contre toute atteinte les principes fondamentaux sur lesquels s'appuyait depuis la grande charte, le droit criminel de l'Angleterre. Ils rédigèrent une série d'articles conformes à leur législation et dont voici le résumé :

— « Un secrétaire d'État de la reine aura le droit de donner  
« ordre à tout juge de paix ou magistrat de faire arrêter l'accusé et de le faire détenir.

— « Tout juge compétent pour renvoyer aux assises pourra  
« recevoir sous serment les dépositions de témoins relativement à l'accusation, et il n'aura le droit d'ordonner la déten-

« tion de l'accusé que sur un ensemble de preuves qui permettrait la détention et le renvoi aux assises d'un Anglais pour le même crime.

— « Dans toute affaire de ce genre, les copies des dépositions qui ont motivé le mandat d'arrêt (français) pourront servir à prouver la culpabilité, pourvu qu'elles soient certifiées par le signataire du mandat et que leur conformité avec l'original soit affirmée sous serment par la partie qui les produit.

— « Aucun juge de paix ou magistrat ne pourra décerner un mandat d'arrestation contre un accusé français jusqu'à ce qu'il lui ait été prouvé par un serment ou un certificat authentique que le demandeur (party applying for such warrant) est porteur d'un mandat d'arrêt lancé par un juge français et ayant un caractère suffisant pour rendre légale en France une arrestation dans les mêmes conditions. »

Ces articles restreignaient-ils les termes de la convention? En appliquant au droit anglais le principe posé dans le traité, n'en avait-on point altéré le sens? Le parlement n'avait point à se préoccuper de ces questions : pourvu que la lettre du traité fût respectée, peu lui importait. Lord Aberdeen qui avait apposé sa signature pouvait seul s'en émouvoir. Vis-à-vis du gouvernement français il était personnellement engagé; mais les deux chambres du parlement délibéraient sur les articles comme elles discutaient le traité, avec une pleine liberté; elles n'étaient nullement liées; c'était pour elles un simple projet. Quoi de plus naturel à leur point de vue que de voter un commentaire qui protégerait leurs anciens usages?

Qu'on n'oublie pas d'ailleurs l'embarras du ministère anglais vis-à-vis du parlement. C'était le premier traité de ce genre conclu par le gouvernement; on ne savait à quel prix on obtiendrait l'assentiment des chambres; leur défiance était grande; il fallait que le ministère donnât des gages à l'opinion publique : or, tel était le caractère des articles que nous venons d'énumérer; pour les membres du parlement c'étaient les conditions moyennant lesquelles ils accordaient au *bill* l'appui de leur vote.

Cette situation expliquée, nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que l'*Acte* apporte quelque extension aux termes de la convention; mais, là encore il faut réduire à leur

exacte valeur des différences qu'on serait facilement porté à exagérer. Il développe le traité, il ne le contredit pas.

Ainsi l'on a soutenu en France qu'en prescrivant au juge anglais d'*entendre*, on n'avait voulu parler que d'une simple constatation d'identité : c'est une erreur évidente. Le texte anglais dit expressément que le magistrat sera commis pour *prendre connaissance des faits mis à la charge du fugitif* (magistrate duly authorized to take cognizance of the acts charged against the fugitive). Ne doit-on pas convenir que dans cette phrase se trouvait renfermée toute la procédure orale? Commettre un magistrat pour prendre connaissance des faits, est-ce le commettre pour constater une identité? Dans un pays où la preuve par témoins domine les débats judiciaires, ne pouvait-on pas prévoir l'interprétation de ce texte? Aussi sommes-nous convaincu que l'inexactitude de la traduction française se servant du mot *entendre* pour exprimer la phrase citée a été le point de départ du malentendu dont nous exposons les premiers incidents. D'où il suit que le gouvernement en présentant l'acte, les membres du parlement en le votant, croyaient s'éloigner bien moins du traité que nous ne pouvons le supposer aujourd'hui.

Le traité, disaient-ils, veut que le magistrat prenne connaissance des faits. Quel autre moyen d'exécuter cette disposition que d'entendre des témoins? En Angleterre, tout est là : le magistrat écoutera donc le plaignant, fera une enquête, et comme les preuves d'un crime commis au delà des mers seront souvent impossibles à recueillir, par une concession qui a dû coûter aux préjugés britanniques, les copies des dépositions reçues en France pourront servir à éclairer le juge anglais, pourvu que leur origine soit constatée par des serments et des légalisations irrécusables. Voilà toute l'économie des articles additionnels votés par le parlement.

Cet acte était en lui-même fort raisonnable. Fut-il un sujet d'étonnement pour le gouvernement français? Rien n'autorise à le croire, car la France, confiante en une sérieuse application du traité, n'usa pas du droit de le dénoncer qui s'ouvrait pour elle avec l'année 1844. Ce ne fut qu'avec les premières demandes d'extradition que se fit jour la mauvaise volonté des juges anglais.

Peu d'années s'écoulèrent; une révolution avait éclaté en

France; les défiances s'étaient accrues; les magistrats anglais multiplièrent dans les enquêtes les formalités les plus ridicules; chaque demande d'extradition servait de prétexte à des incidents étranges qui décourageaient ou irritaient tour à tour le gouvernement français. Tantôt on exigeait des témoins qui eussent vu le fait criminel, comme si le magistrat anglais était juge du fond, tantôt, faisant naître je ne sais quelles subtilités, on réclamait les pièces à conviction ou quelque preuve impossible à fournir. Le plaignant déconcerté hésitait déjà quand le défenseur de l'accusé, jusque-là silencieux, entrait en scène; alors commençait une interminable série de questions insidieuses et de lourdes plaisanteries que reproduisaient soigneusement les journaux et qui égayaient le lendemain la foule aux dépens du Français assez hardi pour traverser la mer en invoquant le bénéfice du traité. Enfin le juge, donnant satisfaction aux sentiments étroits et aux jalousies mesquines, prononçait, à la grande joie du public, l'élargissement de l'accusé.

Telle était, en tenant compte des nuances, la situation faite au plaignant ou à l'*attorney*, que notre ambassadeur à Londres chargeait de poursuivre au nom du gouvernement français. Le silence n'était plus possible.

Devait-on faire appel à la conciliation et chercher par un loyal exposé des griefs les moyens d'assurer l'exécution du traité de 1843? N'était-il pas possible de réunir aux juriconsultes anglais des magistrats français versés dans la connaissance des lois étrangères, qui auraient su accueillir les nécessités de la législation anglaise en écartant tout ce qui tenait à l'exagération des préjugés nationaux?

Devait-on, au contraire, déclarer le traité de 1843 inexécutable, protester ainsi contre le déni de justice de l'Angleterre et frapper un grand coup, sauf à recourir ensuite aux voies diplomatiques pour préparer une nouvelle convention?

Le gouvernement français choisit le dernier parti, et, le 29 novembre 1865, une dépêche de M. Drouyn de Lhuys dénonçait au gouvernement anglais le traité d'extradition.

## S II.

La brusque rupture d'un traité a cela de fâcheux qu'elle n'amène jamais avec elle une solution, et que loin de la préparer souvent elle la complique. Tout au plus est-elle explicable quand elle vient, à la suite d'une longue et infructueuse négociation, comme une suprême protestation de l'honneur blessé. Ici nous croyons qu'aucune conférence à Paris ou à Londres n'a précédé la dénonciation du traité.

Le malentendu était donc absolu quand, le 4 décembre 1865, arriva à Londres la dénonciation officielle.

En Angleterre, on ne comprit pas tout d'abord la portée de cet acte : la presse ne songea pas à le commenter, et ce ne fut qu'au commencement de mars que l'attention du gouvernement anglais fut tout à coup attirée par la brillante discussion à laquelle prirent part au Corps législatif M. Rouher et M. Jules Favre. Aux accusations de l'orateur de l'opposition attribuant à un mouvement d'humeur irréfléchi la dénonciation du traité et faisant l'éloge des institutions judiciaires qui protègent en Angleterre, sous le vigilant contrôle de la publicité, les droits de la liberté individuelle, M. le ministre d'État répondit en remontant à la théorie même de l'extradition, en laissant entrevoir dans l'avenir le temps où ce ne serait plus la matière d'un traité, mais un acte de droit naturel et un devoir pour toutes les nations. A côté de ces espérances, M. Rouher fit ressortir les résistances des juges anglais se refusant à comprendre et à appliquer le traité, et finit en exprimant le vœu qu'une convention plus efficace vînt remplacer celle de 1843<sup>1</sup>.

Les journaux français avaient déjà commencé à discuter la question<sup>2</sup> : M. Prévost-Paradol dans la *Revue des Deux-Mondes*, M. Duverdy dans la *Gazette des tribunaux*, représentaient dans la presse les opinions qui s'étaient développées avec tant de talent à la tribune. Mais dans leurs articles, comme à la Chambre, les uns ne voyaient que les intérêts de la liberté individuelle, les autres que la nécessité sociale de la répression. Tandis que d'un côté on combattait pour donner à la

<sup>1</sup> *Moniteur* du 1<sup>er</sup> mars 1865 ; séance du 28 février.

<sup>2</sup> *Revue des Deux-Mondes*, 15 février 1866 ; *Gazette des tribunaux*, février, 5 et 6 mars 1866.



France, ou au moins souhaiter pour elle les institutions judiciaires anglaises, de l'autre on semblait vouloir imposer à l'Angleterre notre manière de procéder. Personne n'entrevoit une solution qui réconcilierait tous les droits.

Vers la fin de mars arrivait à Paris, envoyé par le gouvernement anglais, sir Thomas Henry, le premier des magistrats de police de Londres.

Il venait apporter, au milieu du découragement, des paroles de conciliation et d'espérance; il laissait entendre que les obstacles pourraient s'aplanir et d'ici à peu de temps une jurisprudence nouvelle se former.

En effet, depuis un an, de toutes les difficultés, la plus grave avait disparu; au premier magistrat de Londres, auquel ces affaires étaient toujours renvoyées, avait succédé un homme d'une grande modération de caractère, d'une profonde expérience, et aussi sympathique à la France que son prédécesseur lui était hostile <sup>1</sup>.

On pouvait désormais espérer une interprétation suffisamment large de l'Acte et conséquemment une exécution franche et loyale du traité. Mais il fallait proroger les délais; on était à la veille de l'expiration de la période de dénonciation; un retard pouvait tout perdre; le gouvernement français consentit à remettre <sup>2</sup> l'échéance au 4 décembre 1866.

Pendant ce temps une demande d'extradition s'engageait.

Un banquier du Haut-Rhin avait disparu, emportant une somme s'élevant à plus de 100,000 francs. Une instruction fut dirigée contre lui, et l'on apprit qu'il était réfugié à Londres. Des démarches diplomatiques furent faites. Le 17 mai le secrétaire d'État de l'intérieur, sir George Grey, lançait un mandat à la suite duquel l'accusé (Wiedeman) était arrêté et amené le 22 mai devant sir Thomas Henry. En même temps comparait M. Picard, syndic de la faillite Wiedeman, venu à Londres pour obtenir le mandat et suivre l'affaire. Il était

<sup>1</sup> On raconte même un fait qui prouve combien le traité méritait peu un blâme qui aurait dû tomber tout entier sur le juge anglais. M. Hall (c'était le premier magistrat) tombe malade il y a quelques années; M. Jardyn le remplace; on réclame un accusé; le juge interprète le traité avec franchise et livre le fugitif. Voilà par quel singulier hasard on nous affirme que le traité a été une seule fois exécuté.

<sup>2</sup> Note de l'ambassadeur de France à Londres au secrétaire d'État des affaires étrangères, du 21 mai 1866.

assisté d'un *attorney*, conseil de l'ambassade de France. Les demandeurs produisirent le mandat d'arrêt français; le syndic rappela sommairement les faits, et l'avocat de l'accusé invoqua vainement les précédents invariables de la jurisprudence. Il ne put parvenir à faire remettre l'affaire pour appeler des témoins français, et sir Thomas Henry signait, le 28 mai, un nouveau mandat ordonnant que l'accusé serait détenu jusqu'à l'ordre de départ qui devait émaner du secrétaire d'État.

Ainsi, aucune de ces contestations absurdes, de ces subtilités interminables qui étaient la négation du traité, le débat oral réduit au contraire à ses plus simples limites et le juge anglais se contentant d'un mandant accompagné d'un seul témoin, tel était le progrès obtenu.

L'accusé invoquant l'acte d'*Habeas corpus* en appela à la Cour du Banc de la Reine qui rendit sa décision le 12 juin. Un arrêt de la Cour de cassation peut difficilement nous donner une idée de l'autorité qui s'attache en Angleterre à ces décisions. Dans ce pays où les précédents modifient peu à peu la loi, un arrêt rendu avec quelque solennité détermine la voie dans laquelle s'engagera pendant plusieurs années, peut-être à jamais, la jurisprudence. Le *lord chief justice* et les quatre juges étaient réunis. S'appuyant sur le principe de la liberté individuelle, Wiedeman sommait la cour de déclarer sa détention illégale et d'annuler les deux mandats du ministre de l'intérieur et du magistrat de police.

Le *Solicitor general* portait la parole au nom de la reine pour s'opposer à l'application à l'espèce des droits consacrés par l'acte d'*habeas corpus*. Après avoir démontré que dans les termes du traité était comprise la banqueroute frauduleuse, il prouva facilement que le crime reproché à l'accusé en réunissait tous les caractères. Il déclara enfin que dans une telle cause et à un tel moment il était de la dernière importance que le traité fût exécuté.

Le défenseur tenta de soulever plusieurs difficultés, et s'évertua à démontrer, en citant des refus d'extradition dans des cas analogues, que le fait n'entraînait pas dans les clauses du traité.

Le *lord chief justice*, après avoir écarté les précédents, exposa combien la répression de la banqueroute frauduleuse était nécessaire, déclara que dans le cas présent la preuve était

suffisante pour ordonner l'arrestation ; que dès lors il n'y avait pas lieu d'appliquer l'acte d'*habeas corpus* ; que le prisonnier, enfin, devait être envoyé en France et jugé dans le pays où le crime avait été commis. Les autres juges étant tombés d'accord, cette opinion acquit la force d'un arrêt.

Le 23 juin, une dernière tentative fut faite par l'accusé. Son conseil se présentait devant le lord chancelier, soutenait que le traité était périmé depuis le 4 juin et réclamait un nouvel ordre d'*habeas corpus*.

Sans donner la parole aux conseils de la couronne présents pour s'opposer à ce nouveau délai, le lord chancelier repoussa brièvement la demande, dit que le traité était prorogé ; le droit d'arrêter n'était pas douteux et ordonna que Wiedeman serait mené à Calais pour être livré à la police française.

Telles sont les décisions judiciaires qui fixent sur ce point les relations actuelles de l'Angleterre et de la France.

### § III.

Que fera le gouvernement français d'ici au 4 décembre 1866 ? Doit-il engager des négociations pour la conclusion d'un nouveau traité ? De toutes les solutions ce serait la plus souhaitable, si ce n'est au point de vue de la procédure, du moins avec la pensée d'augmenter le nombre des crimes prévus.

C'est là une question qui n'a été abordée ni dans le débat du Corps législatif, ni dans les publications faites en Angleterre sur ce sujet. Il y a vingt-trois ans à la chambre des lords ce vœu était exprimé par le marquis de Lansdowne qui s'étonnait de voir l'extradition limitée à trois genres de crime et demandait pourquoi l'incendie et tant d'autres avaient été omis. Lord Aberdeen lui-même reconnaissait, en lui répondant, que les cas étaient trop limités, mais il fallait se souvenir, disait-il, qu'on tentait l'essai d'un nouveau système et que dans ces circonstances il valait mieux ne pas aller trop vite<sup>1</sup>. Tout le système anglais en matière de législation est renfermé dans ces derniers mots. L'Angleterre a pu apprécier les avantages des extraditions loyalement autorisées par nous depuis 1843, l'opinion publique comprendra peut-être l'utilité d'une révision

<sup>1</sup> *Hansard's parliamentary debates*, 25 juillet 1843.

du traité qui permettrait aux deux puissances de poursuivre les faux monayeurs, les incendiaires, les auteurs de vols qualifiés et tant d'autres criminels sur le territoire voisin.

Il n'y a là qu'une question d'opportunité : c'est à la diplomatie qu'il appartient de la trancher en se rendant compte des dispositions du cabinet anglais et surtout du sentiment public, puis en attendant patiemment le jour où « après de nouvelles études réciproques, attentivement faites, nous pourrions obtenir de la Grande-Bretagne une convention plus efficace » (Disc. de M. le ministre d'État, 28 février 1866).

Jusqu'à cette époque, peut-être prochaine, si l'on s'en rapporte aux vœux récemment exprimés par la presse anglaise<sup>1</sup>, la voie est toute tracée : la décision de la Cour du Banc de la Reine a aplani les obstacles. Rien n'est moins douteux : La convention de 1843 est parfaitement exécutable lorsqu'on l'interprète de bonne foi, et l'Angleterre l'exécutera. Il ne peut plus être question pour la France d'amour-propre blessé; les concessions sont venues de l'Angleterre : aux subtilités légales a succédé une franchise qui impose à la France le devoir de ne pas laisser le traité s'éteindre le 4 décembre prochain.

Si d'ici là comme on peut l'espérer, d'autres criminels réclamés dans les mêmes formes, ont été livrés par l'Angleterre, quel serait le prétexte, où trouverait-on une excuse? Serait-ce une question de principes? Se refuserait-on à soumettre désormais à une justice étrangère les demandes d'extradition? Prétendrait-on que le pouvoir exécutif étant compétent en France en ces sortes de matières, nous devons écarter partout la compétence du pouvoir judiciaire? Ce serait aussi contraire à nos intérêts qu'irréalisable; car, dans l'affaire Wiedeman, nous venons d'obtenir l'extradition en fournissant les pièces à l'autorité judiciaire; à New-York, notre consul poursuit en ce moment même devant les tribunaux une demande dans les mêmes formes<sup>2</sup>; en Belgique même il se passe quelque chose d'analogue à ce que nous voyons en Angleterre. Un traité a été conclu entre la France et la Belgique le 19 décembre 1834 : en apparence la Belgique acceptait les mêmes formes que la France; les gouvernements ordonneraient l'extradition. Mais

<sup>1</sup> Le *Times* (15 juin) demande qu'un nouveau traité s'applique à un plus grand nombre de crimes.

<sup>2</sup> *Gazette des tribunaux*, 13 juin 1866; *Droit*, 16 juin 1866.

le ministre de la justice belge devait-il décider seul? Nullement; une loi d'août 1833 contenait les dispositions suivantes : « L'extradition ne sera accordée qu'après avoir pris l'avis de la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle l'étranger aura été arrêté. Le ministère public et l'étranger seront *entendus* en chambre du conseil. Dans la quinzaine de la réception des pièces, elles seront renvoyées avec l'avis motivé, au ministre de la justice. »

Ainsi en Belgique comme en Angleterre, comme aux États-Unis, avec les différences inséparables de législations pénétrées de principes aussi contraires, le pouvoir exécutif ne se détermine qu'après avoir saisi le pouvoir judiciaire et obtenu son avis. Voici comment M. Faustin Hélie s'exprime sur cette procédure, avec l'autorité de la science et de la raison, à une époque où cette question était en dehors des discussions politiques : « Cette vérification des charges de la prévention et de l'identité du prévenu serait assurément une utile garantie pour les droits de la défense et la liberté individuelle. Serait-elle contraire au principe qui a placé les extraditions dans les attributions du gouvernement? Ce que le gouvernement demanderait à l'autorité judiciaire, c'est la constatation d'un fait, c'est tout au plus un avis; et il se réserverait de statuer suivant sa volonté. Il en résulterait peut-être quelque retard, mais ce retard n'aurait aucun inconvénient grave, puisque l'inculpé pourrait être mis immédiatement, et sans attendre l'ordonnance d'extradition, sous la main de la justice. Cette marche aurait encore l'immense avantage de régulariser l'arrestation et la détention de cet inculpé, d'assurer à ces mesures un caractère légal et de concilier ainsi l'extradition avec le droit commun. »

Ainsi on ne saurait exagérer les difficultés qui nous sont faites ni prétendre que les exigences anglaises opposent un obstacle absolu à l'extradition. La question est réduite à ses termes les plus simples; l'affaire que nous avons rapportée peut dorénavant servir de type, et le gouvernement français doit savoir dès à présent, en se consultant lui-même, quel sera, dans l'avenir, le sort de la convention. On peut dire, sans hardiesse, qu'il la tient entre ses mains.

Le gouvernement français a montré sa modération en se déterminant à proroger le traité. A cette tentative de conciliation, l'Angleterre a répondu en envoyant le premier juris-

consulte de la couronne demander au nom de la reine, devant la plus haute Cour du royaume, l'exécution loyale du traité. Ainsi, de part et d'autre, nous sommes persuadé qu'il y a un sincère désir d'amener à bien les difficultés pendantes.

Aux actes qui révèlent la trace mal éteinte d'antipathie nationale, la France doit une réponse conforme à son honneur et digne d'elle-même; mais quand on vient à elle, lui demandant d'oublier les fautes et les dissentiments passés, lui offrant des concessions, lui donnant des gages d'une sincérité qu'on promet absolue, ne doit-elle pas s'engager dans les voies de conciliation où on l'invite à entrer, et sa politique ne grandit-elle pas en ménageant chez les autres des droits qu'elle veut voir respecter chez elle?

GEORGES PICOT.

## BIOGRAPHIE DE GUILLAUME DE LAMOIGNON,

Premier président du Parlement de Paris;

Par M. SORBIER, premier président de la Cour impériale d'Agen.

Les descendants des hommes illustres sont rarement les héritiers de leur gloire. Ils croient n'avoir plus rien à moissonner dans un champ qui fut si fécond pour leurs pères; le découragement naît en eux de la source même qui devrait exciter leur émulation.

Mais il est des races où le mérite semble se communiquer avec le sang, et dont la nature choisie et noble entre toutes ne se dément jamais. Quelquefois elles sont longtemps à chercher leur génie, et demeurent inconnues jusqu'à ce qu'elles l'aient trouvé. C'est ainsi qu'après être restés d'obscurs chevaliers durant plusieurs siècles, les Lamoignon, originaires du Nivernais, devinrent célèbres dans la robe, aussitôt qu'ils en embrassèrent la profession.

Le premier auteur de l'illustration de cette famille antique fut Charles de Lamoignon, conseiller au Parlement de Paris sous Henri II; puis maître des requêtes et conseiller d'État sous Charles IX, qui, en récompense de son immense savoir,

voulut qu'il eût entrée et voix délibérative dans tous les Parlements du royaume.

Chrétien, son fils, président à mortier, et l'oracle de sa compagnie, donna le jour à Guillaume de Lamoignon, premier président du Parlement de Paris, qui devait jeter un immortel éclat.

Guillaume de Lamoignon naquit sous Louis XIII, en 1617, temps de troubles civils et de continuel orages. De faux principes dans des esprits égarés, d'abominables convictions dans quelques âmes, laissaient indécises les deux questions vitales de l'indépendance de la couronne et de l'inviolabilité de la personne des rois. Le torrent féodal, comprimé par Henri IV, avait recommencé ses ravages; les princes, les seigneurs s'arrachaient les lambeaux de l'autorité et les restes de la fortune publique. L'âpre et redoutable Richelieu qui, pendant dix-huit ans, fit tout trembler sous le poids de sa dictature, ce profond politique qui accomplit contre les vassaux de la monarchie l'œuvre de Louis XI et les vastes desseins de Henri IV contre la maison d'Autriche, n'avait pas encore saisi les rênes du gouvernement. C'était une de ces époques de transition où, tout meurtri des coups des factions, n'ayant plus la même foi dans le passé, un pays s'agite convulsivement à la recherche d'un meilleur avenir.

Des vicissitudes de toute nature avaient éprouvé les peuples et ébranlé les croyances. Le XV<sup>e</sup> siècle, par ses étonnantes découvertes, avait soufflé sur le monde un vent de révolutions et de ruines. Les arts de l'antiquité soudainement remis en honneur, l'audacieuse réforme opérée dans le catholicisme<sup>1</sup>, les guerres de religion, les déchirements de la ligue, tous ces drames sanglants ou pacifiques avaient imprimé un nouveau cours aux idées, fourni aux imaginations un inépuisable aliment, et allaient ouvrir de magnifiques horizons à l'esprit humain; on touchait à Louis XIV, qui vit luire au sein de la

<sup>1</sup> « A mon avis, dit M. Guizot, la réforme fut une grande tentative d'affranchissement de la pensée humaine, une insurrection de l'esprit humain contre le pouvoir absolu dans l'ordre spirituel. » Mais elle ébranla le principe d'autorité en général, et éveilla l'esprit de révolution politique. Puis, qu'est-ce que c'est qu'une religion qui s'appuie uniquement sur le texte de l'Écriture, permet à chacun de l'interpréter comme il lui plaît, et n'a pas de règle unitaire en matières de foi et de doctrine?

France l'une des plus riches constellations de grands hommes qui se soit montrée à la terre.

Mais le choc de tant de partis, et ce travail fiévreux des intelligences, avaient perverti les mœurs et brisé tous les freins. Une seule puissance morale était restée debout, celle de la science ; un seul prestige était encore vivant, celui de la haute magistrature, gardienne intrépide de l'arche sainte des lois, vénérable type de savoir et d'intégrité <sup>1</sup>.

Voilà l'état où se trouvait le pays, lors de la naissance de Guillaume de Lamoignon. Né, pour ainsi dire, dans le sein de la justice, il n'eut qu'à suivre la trace lumineuse des pas de sa famille. Loin de ressembler à ces oisifs opulents qui se contentent des biens amassés par leurs ancêtres, il cultiva et accrut sans cesse l'héritage de gloire que lui avaient transmis ses aïeux. Il annonça les penchants les plus heureux et les goûts les plus élevés. On eût dit un de ces êtres privilégiés, qui portent sur leur front, dès le berceau, comme un sceau divin, un diadème invisible, présages de leurs destinées futures. Parle-t-on devant lui d'un trait de fermeté, d'une ac-

<sup>1</sup> Les anciens magistrats vivaient retirés du monde ; ils sentaient qu'on se familiarise aisément avec ce qu'on voit de trop près et trop souvent ; on a une plus grande idée de ce qu'on n'aperçoit que dans le lointain ! *Major è longinquo reverentia*. La simplicité de leurs mœurs contraste avec les mœurs actuelles. Guillaume de Lamoignon, dans une vie manuscrite de Chrétien de Lamoignon, son père (car dans cette famille, par une sorte de devoir héréditaire de piété filiale, les enfants consacraient par des monuments domestiques les vertus de leurs pères), s'exprime ainsi : « Claude de Bullion, devenu surintendant des finances et président à mortier, comblé d'honneurs et de richesses, me parlait souvent avec plaisir de la manière dont il avait été nourri à Bâville, avec feu mon père qui était son oncle et presque du même âge que lui. Il aimait à me conter comment on les portait tous les deux sur un même âne dans des paniers, l'un d'un côté, l'autre de l'autre, et qu'on mettait un pain du côté de mon père, parce qu'il était plus léger que lui, pour faire le contre-poids. »

On se plaît à voir au XVI<sup>e</sup> siècle le premier président, Lemaitre, stipulant avec ses fermiers, « qu'aux veilles des quatre bonnes fêtes de l'année, et aux temps des vendanges, ils seront tenus de lui amener une charrette couverte avec de bonne paille fraîche dedans, pour y asseoir Marie Sapin, sa femme, et sa fille Geneviève ; comme aussi de lui amener un ânon et une ânesse pour monture de leur chambrière, pendant que lui, premier président, marcherait devant sur sa mule, accompagné de son clerc qui irait à pied à ses côtés. » La France n'a rien produit qui l'honore plus que cette antique magistrature qui, sous le pouvoir absolu, conservait l'image de la liberté dans l'indépendance de sa justice.



tion généreuse, on le voit s'enivrer de ces récits, verser des larmes d'une héroïque tristesse, dans la crainte de ne pas rencontrer un jour l'occasion de déployer une telle magnanimité. Il cherche partout de quoi nourrir ce feu inconnu qui le dévore. Rempli d'admiration pour cet art sublime de la parole qui donne une sorte de royauté intellectuelle, il va dès son enfance entendre dans toutes les causes importantes les orateurs du parquet et du barreau <sup>1</sup>.

Touché de ces nobles élans, l'avocat général Jérôme Bignon (qu'il serait difficile de désigner par un titre aussi glorieux que son seul nom) lui voua la plus tendre affection; et, après la mort de Chrétien de Lamoignon, son père, il dirigea ses études, et l'initia dans toutes les profondeurs de la science du droit <sup>2</sup>. Les esprits de haute portée se recherchent et s'attirent mutuellement; il y a une espèce de parenté de cœurs et de génies.

<sup>1</sup> Si l'on arrangeait soi-même sa destinée, le premier bonheur par lequel il faudrait commencer la vie, serait celui de naître d'un père éclairé et vertueux. A ce bienfait en tient presque toujours un autre très-important, l'avantage de recevoir une bonne éducation, et d'avoir sous ses yeux les préceptes réduits en exemples. L'orateur (Fléchier) auquel nous devons l'oraison funèbre de Guillaume de Lamoignon, a peint cette famille comme une de celles « où l'on ne semble né que pour exercer la justice et la bienfaisance, où la vertu se communique avec le sang, s'entretient par les bons conseils, s'excite par les grands exemples. » Le père de Guillaume ne négligea rien pour lui inspirer de bons sentiments, et lui aplanir les chemins de la gloire. Dans une histoire assez détaillée qu'il a écrite des époques les plus considérables de sa vie, le premier président dit que son père lui racontait souvent des traits de courage et d'indépendance, et qu'à ce récit il sentait une certaine impatience d'entrer dans les affaires pour agir avec la même fermeté.

<sup>2</sup> A peine âgé de douze ans, il allait entendre l'avocat général Jérôme Bignon, parler au nom des lois dans les causes importantes. Jérôme Bignon eût pu occuper une place distinguée parmi les enfants célèbres, s'il n'eût éclipsé, dans la suite par un mérite réel, sa précoce célébrité. Dès l'âge de dix ans, il avait publié la meilleure chorographie de la terre sainte. A vingt-trois ans, il donna une édition des Formules de Marculfe, édition dont les notes font encore l'admiration des savants. « Cet incomparable magistrat (a écrit le premier président de Lamoignon) m'a servi de père véritable, après que Dieu eut retiré le mien, et je désire que la reconnaissance du bien que ce grand personnage m'a fait soit continuée dans toute ma postérité à l'égard de la sienne. » En conséquence, il laissa par son testament le portrait de Jérôme Bignon à son fils aîné, pour qu'il l'eût sans cesse devant les yeux. Ce dernier inséra pareille clause dans son testament à l'égard de son fils.

Ne pensons pas qu'asservi au joug de traditions domestiques, Guillaume de Lamoignon eût, par une prédestination sociale, tourné ses facultés vers l'étude des lois; non, à ses yeux, rendre la justice, était sans doute la plus belle fonction de l'humanité; mais ce droit formidable de juger les hommes, cet état où l'on prend la place de Dieu même, où les fautes ne sont jamais petites, et sont presque toujours irréparables, effrayait d'abord la candeur de son âme. Pour lui la magistrature était un sacerdoce civil, et il se rappelait que les anciens disaient de certains prêtres des dieux : « Beaucoup portent le thyrsé, et peu sont inspirés. » Aussi avait-il eu de longues entrevues avec sa conscience, et ne fit-il que céder à une irrésistible vocation, lorsqu'il se décida à suivre une carrière qui exige un ensemble de qualités si rares : une probité sévère, la première des supériorités, celle qui choque le moins et qui rassure le plus, une abnégation complète sur le siège d'affections, de préjugés, sans laquelle le juge de la nation ne serait plus que l'homme d'un parti, une instruction solide, une grande droiture de sens et de jugement, enfin cette modestie, cette régularité de mœurs qui font de la vie du magistrat une leçon vivante et perpétuelle pour ses concitoyens.

La rapidité des succès de Lamoignon ne permit plus de compter le nombre de ses années; il fut au rang des maîtres à l'âge qui est d'ordinaire celui des disciples. Reçu à dix-huit ans conseiller au Parlement de Paris, il revêtit cette pourpre éminente qu'il pouvait regarder comme le bien de ses pères, et le patrimoine éclatant de sa famille.

A peine l'entrée du sénat lui est-elle ouverte, qu'il captive tous les suffrages. C'est qu'il n'était pas de ceux qui, après avoir souffert qu'on les fit magistrats, semblent accablés sous le poids de leurs fonctions devenues pour eux le rocher de Sisyphé, et font profession de ne plus rien étudier, sous prétexte que l'esprit se suffit à lui-même. Nul surcroît de labeur ne pouvait lasser son infatigable zèle; il croyait n'avoir jamais assez fait, tant qu'il n'avait accompli que son devoir. Ces jeunes années de la vie, trop souvent la proie malheureuse du vice, il les consacrait, lui, toutes au travail, la passion dominante de son cœur, au travail qui donne tant de saveur à l'existence, ennoblit l'homme et l'épure. Il aimait à répéter qu'un ami de l'étude n'a pas le temps de faire mal parler de soi, et qu'il y a

peu de différences entre un juge méchant et un juge ignorant.

Plus tard, M. de Lamoignon fut appelé dans la justice du conseil en qualité de maître des requêtes. La nature l'avait fait magistrat. Il était doué d'un esprit si droit, si nettement judiciaire, que le vrai le frappait aussitôt. Voyez-la portant la lumière dans les affaires les plus obscures. « Ja n'entends que celles dont M. de Lamoignon est le rapporteur, disait Louis XIV. »

L'histoire a conservé le souvenir de l'un de ces rapports mémorables. Fiers de l'appui du cardinal Mazarin, leur complice, des armateurs français avaient enlevé, au mépris du droit des gens, un vaisseau richement chargé, appartenant à des Arméniens; les victimes de cette odieuse spoliation se plaignent au roi, mais désespèrent d'obtenir justice. Rassurez-vous, étrangers, il est un magistrat qui veille pour vous! M. de Lamoignon, au conseil, déchire hardiment le voile qui couvre ce mystère d'iniquité. On emploie tour à tour, pour enchaîner son zèle, les prières et les menaces. On va jusqu'à lui offrir des intendances et des ambassades. Insatiable soif de l'or et des grandeurs, qui fais tant de ravages dans le monde, tu n'atteindras pas le cœur de Lamoignon! Il est, ce Fabricius, plus difficile de détourner du juste et de l'honnête que le soleil de sa course<sup>1</sup>. Tous les efforts de la cupidité, tous les ressorts de l'intrigue viennent se briser contre le rapport de Lamoignon, et le navire est restitué.

N'est-ce pas là la pierre de touche où la vertu laisse sa marque d'or? Quand elle est sortie victorieuse de pareils combats, a-t-elle encore besoin d'épreuves? Non, il ne lui faut plus que des couronnes.

Qu'était-ce alors cependant qu'un maître des requêtes? C'était un magistrat moins dévoué en général à la justice qu'à sa fortune, portant une ferveur de novice dans toutes les pratiques de cour, errant sans cesse sous les portiques de la faveur, suivant de l'œil les idoles qu'on y révère, et considérant sa place comme un degré pour arriver à de nouveaux honneurs. Ah! loin de M. de Lamoignon ce rôle d'un esclave qui s'abaisse et qui rampe. Ces voies tortueuses sont le partage des petits esprits. Pour lui, la seule ambition qui agite sa grande âme,

<sup>1</sup> « Ille est Fabricius qui difficilium ab honestate, quam se a cursu suo averti potest. » (Eutrop., L., c. 8.)

est de s'élever à la hauteur des devoirs que sa charge lui impose ; le seul vœu qu'il adresse à la Providence, à l'exemple du célèbre Domat, est qu'elle lui envoie *force* et *sapience* pour les dignement remplir ; le plus doux prix qu'il attend de ses travaux, est le sentiment délicieux du bien qu'il fait aux hommes, et de ses nobles services rendus à l'État.

Pendant que M. de Lamoignon donnait ces gages signalés de son culte pour la justice, un violent orage éclate tout à coup au sein du Parlement et du pays. Mazarin, plus fin, plus souple que Richelieu, mais aussi décidé dans le parti qu'il avait une fois embrassé, allant à son but à travers même les obstacles auxquels il paraissait céder, sublime dans ses vues, bas dans ses moyens, marchant sous terre plus que dessus, Mazarin écrasait d'impôts les classes inférieures, oubliant que ce sont les racines obscures qui nourrissent le feuillage superbe dont l'arbre se glorifie. Le trésor de l'État était épuisé. Il n'y a rien qui ruine comme de n'avoir pas d'argent. Pour sortir de cette crise, Mazarin eut recours à un de ces expédients toujours petits, mal imaginés, quelquefois injustes, qui aggravent une situation au lieu d'y remédier<sup>1</sup>. Il créa douze nouvelles charges de maîtres des requêtes, et frappa d'une taxe plus onéreuse quelques denrées de première nécessité.

Contemplateur longtemps muet des calamités publiques, le Parlement ressaisit alors son droit de *veto*, et refuse d'enregistrer ces édits. Les esprits s'aigrissent, on court aux armes ; le Parlement se laisse entraîner lui-même par le torrent qu'il devait arrêter. On était loin de prévoir un tel ébranlement ; mais il s'agissait du fisc, ce vieil épouvantail des populations, et la guerre civile qui désolait l'Angleterre à la même époque et qui fit couler le sang d'un roi (sang redoutable, qui ne se verse jamais en vain et qui est si long à s'apaiser !) avait commencé aussi par un nouvel impôt de 2 schellings. Il est vrai que là on voulait anéantir la royauté, et qu'un fanatisme atroce transportait les factieux ; tandis que la guerre de la Fronde qui n'était nullement une tentative constitutionnelle, comme on l'a dit quelquefois pour donner un air d'antiquité à l'esprit de liberté, n'eut aucun but politique ni social ; on n'aspirait

<sup>1</sup> Mazarin avait pris pour devise : « *Quam frustrâ et murmure quanto!* » (Un rocher battu par les vagues avec ces mots : avec quel bruit et combien vainement !)

qu'au renversement d'un ministre fin et habile dans cette lutte de personnalités qui fit tant de bruit et si peu d'effet, où le ridicule tint une place si considérable, mais où resplendit d'un éclat toujours pur et majestueux la grande figure de Mathieu Molé! de ce magistrat qui sans avoir moins de vigueur et de puissance dans la parole que les orateurs de son temps, les surpassait tous par ce qui est la partie faible chez la plupart des hommes, l'âme et le caractère.

Guillaume de Lamoignon avait suivi un moment l'impulsion de sa compagnie; mais l'esprit de parti qui finit par abaisser les plus grands hommes jusqu'aux petites gens du peuple et l'activité turbulente de l'intrigue, ne pouvaient s'allier avec la réserve de son esprit et la dignité de sa conscience. Il se sépara aussitôt de la fronde parlementaire; et n'oublions point que dans ces jours d'ivresse nationale, où tout ce qui ne marchait pas sous la bannière de la fronde, était traité d'ennemi public par un peuple effréné, M. de Lamoignon ne garda pas seulement le sang-froid d'un spectateur et d'un juge; il employa toute son influence à pacifier les troubles; sans être ébranlé par de vaines clameurs, il suivit résolument la ligne de conduite que lui prescrivaient ses devoirs. Il savait que la popularité est un gouffre qui s'ouvre sans cesse pour demander un nouveau sacrifice. La tyrannie de la multitude lui semblait, d'ailleurs, avec raison mille fois plus insupportable que celle des plus cruels princes du monde. Il croyait que le pouvoir a sa sainteté comme la liberté; il aimait particulièrement l'ordre dans la force. — Quoi qu'on puisse dire, tout homme supérieur est un peu absolu : la division et le partage lui répugnent.

Mais toutes ces luttes du pouvoir parlementaire, qui atteignit sous la minorité de Louis XIV le plus haut degré de son élévation, allaient avoir un terme et ne devaient pas se renouveler sous son règne. M. de Bellière, qui entretenait cet esprit d'opposition, mourut et laissa vacante la première place du Parlement<sup>1</sup>. Un premier président à Paris était pour la cour le

<sup>1</sup> Je ne sais quel auteur a tracé le portrait suivant de Bellière et de Guillaume de Lamoignon : « Bellière d'une grandeur d'âme supérieure aux événements, et toujours inflexible; Lamoignon d'une douceur pleine de dignité, accompagnée de toute la force de l'autorité; l'un sortant des ambassades où il s'était acquis une gloire immortelle, l'autre distingué par

magistrat le plus important du royaume, surtout en présence des souvenirs encore récents des troubles de la fronde. On le voulait modéré, inaccessible aux passions populaires, mais respecté de son corps par l'ascendant de ses lumières et de ses qualités personnelles.

Il y avait alors un homme, simple maître des requêtes, à peine âgé de quarante ans, vivant loin du bruit, aimant l'étude et la science pour leurs purs entraînements, et en possession déjà d'une haute renommée de droiture et de capacité. Dès qu'il avait paru dans le monde, il avait fixé tous les regards et subjugué tous les cœurs<sup>1</sup>. C'est sur ce magistrat, dont le lecteur devine facilement le nom, que porta le choix de Louis XIV, de ce roi qui, par un admirable instinct, sut toujours aller droit au plus digne, et adopta tous les grands hommes dont il fut entouré.

En vain cette tourbe d'ambitieux qu'on voit sans cesse se pressant, se renversant les uns les autres dans les routes étroites de la fortune et de la médiocrité, vint-elle s'agiter autour du monarque; en vain l'un d'eux, pour donner plus de poids à son mérite et à ses services, offrit-il 1,800,000 livres; Lamoignon avait dans son âme des trésors de probité et de savoir qu'on préféra à tout l'or de ses rivaux<sup>2</sup>. Il fut le premier à qui Louis XIV adressa, en lui annonçant sa nomination, ces paroles flatteuses qui ont été tant répétées depuis, et qu'un roi devrait toujours pouvoir dire en conférant de pareilles charges : « Dieu m'est témoin que si j'avais cru trouver un plus homme

un genre de vie uniforme, toujours guidé par le devoir le plus scrupuleux; celui-ci magnifique avec somptuosité, celui-là avec élégance et délicatesse; le premier toujours vif et agissant, le second circonspect dans son air, dans sa conduite, dans sa façon de penser. D'un côté, ce n'était qu'éclat, que grandeur; de l'autre, que frugalité, que modestie; on regardait Bellièvre comme digne des grands emplois par où il avait passé, et Lamoignon comme digne de ceux-là même qu'il n'avait point eus; les amusements, les plaisirs cédaient toujours aux affaires chez Bellièvre; Lamoignon avait le grand art de les réunir; tous deux grands maîtres dans l'art de bien dire, nourris dans le goût délicat de la belle littérature, tous deux inviolablement attachés au roi. »

<sup>1</sup> Ce mot de Tacite semblait fait pour Guillaume de Lamoignon : « La voix du peuple choisit souvent pour le prince, et, s'il veut chercher le plus digne, un consentement unanime le lui présente. »

<sup>2</sup> « Il y avait dans Louis XIV, disait Mazarin, de quoi faire quatre souverains et un honnête homme. »

de bien, un plus capable sujet que vous, pour remplir cette place, je l'aurais choisi. »

M. de Lamoignon n'avait pas brigué le poste de premier président; bien plus, il déclina d'abord cette haute distinction, et il ne consentit à l'accepter que parce qu'on prit l'engagement formel de ne jamais lui demander rien d'injuste. Il fut le seul qui ne participa point à la joie commune; il ne parut frappé que de l'immensité des obligations que ce rang sublime allait lui imposer.

Dès son entrée en fonctions, il redouble d'ardeur pour le bien de la justice. L'engage-t-on à tempérer son zèle, il répond que sa santé et sa vie sont aux justiciables, et que la lampe du magistrat qui travaille pour le public, doit s'allumer avant celle de l'artisan qui ne travaille que pour lui seul<sup>1</sup>. Il rétablit le calme et la discipline dans le Palais; il en bannit cet esprit de cabale et de révolte qu'y avait introduit le cardinal de Retz, ce protégé de la fronde, factieux par inclination, plus jaloux du titre de brave que de celui de prêtre. On vit renaître enfin au sein du Parlement cet ordre régulier de justice sans lequel, comme le dit l'une de nos anciennes ordonnances, *les États ne peuvent avoir durée ni fermeté aucune*.

Si l'unité de ses traditions, si son esprit de corps n'existaient plus, s'il avait perdu sa vieille et haute importance en s'isolant naguère de la bourgeoisie pour se ranger sans succès du côté des classes inférieures, jamais du reste il n'avait été plus paisible, ni environné de plus de respects. Il est vrai que Louis XIV, irrité des excès de la fronde, avait enlevé aux Cours souveraines la plus imposante de leurs prérogatives, le droit de remontrances *avant l'enregistrement*, et qu'il les avait exclues de la scène politique et administrative. Fût-ce un mal? La justice est une divinité jalouse, elle veut un culte exclusif. Absorbés par les affaires d'État, les Parlements devaient négliger quelquefois celles des particuliers. Mais, d'un autre côté, n'étaient-ils pas l'unique garantie possible contre les surprises faites à la sagesse du prince? Et si ces pères de la patrie, si ces antiques chevaliers des lois fondamentales du royaume, furent toujours prompts à opposer une digue à chaque débor-

<sup>1</sup> *Erudimini qui judicatis*. — Bien juger, c'est juger selon les lois, et pour juger selon les lois, il faut les connaître. (Fénelon, *Direction pour la conscience d'un roi*, p. 65.)

dement de l'arbitraire, ne devons-nous pas reconnaître qu'ils mirent la même ardeur à protéger les droits de la couronne, à abattre les cent têtes de l'hydre féodale qui la cernaient de toutes parts, à sortir enfin la royauté de page <sup>1</sup>? Leur opposition n'était pas cet esprit factieux qui ne censure l'autorité que pour l'avilir, et ne lui résiste que pour la braver; elle tendait, non à détruire le pouvoir, mais à régler sa marche, comme ces flots qui, impuissants pour submerger le vaisseau, le font voguer et tiennent le pilote en éveil <sup>2</sup>.

Quoi qu'il en soit, nourri dans l'étude austère des lois, digne émule des Lhospital et des Molé, M. de Lamoignon défendit toujours avec noblesse et fermeté les privilèges de sa compagnie <sup>3</sup>. On ne vit en aucun temps son front pâlir dans la tempête, et s'incliner devant de tyranniques exigences. Il ne tarda pas à donner une solennelle preuve de cette force d'âme, qui est l'une des premières vertus du magistrat, qui est le magistrat tout entier.

<sup>1</sup> « Je dois ma couronne à des bonnets carrés, » disait Henri IV.

<sup>2</sup> La grande ordonnance civile de 1667 ne laissait aux Parlements que des délais insignifiants pour faire leurs remontrances, huit jours à celui de Paris, six semaines à ceux de province. L'édit de 1673 ajourna les remontrances jusqu'après l'enregistrement pur et simple, lui ôtant ainsi toute espèce de sens et d'efficacité; l'on y déclara même que les ordonnances une fois enregistrées à Paris, seraient exécutoires dans tous les autres ressorts, sans qu'il fût besoin de les y présenter. Déjà, à partir de 1671, les compagnies *souveraines* avaient perdu ce beau nom pour prendre celui de compagnies *supérieures*. On aurait tort cependant de croire que, pour abolir toutes les prérogatives de la magistrature, le roi n'avait eu qu'à faire dans son Parlement de Paris cette entrée cavalière dont M<sup>me</sup> de Motteville nous a conservé le souvenir. On se figure assez ordinairement que la nouveauté de ce lit de justice improvisé suffit alors pour déconcerter toutes les résistances, et que les ordonnances dont je viens de parler, étaient des coups d'État tombant sur un ennemi tout à fait vaincu; on est dans l'erreur. Dans les années les plus éclatantes du grand règne, le cours de la justice fut souvent interrompu dans les provinces, comme au temps de la fronde. La monarchie louvoyait au milieu de ces écueils cachés, dont l'histoire n'a pas tenu compte, parce que le glorieux navire semblait tous les braver ou les briser dans sa course triomphante. (V. *la Province sous Louis XIV*, par Alexandre Thomas.)

<sup>3</sup> Saintot, maître des cérémonies, ayant dans un lit de justice salué les évêques avant le Parlement, Lamoignon lui dit : « Saintot, la Cour ne reçoit pas vos civilités. — Je l'appelle M. Saintot, répondit le roi. — Sire, répliqua le magistrat, votre bonté vous dispense quelquefois de parler en maître, mais votre Parlement doit toujours vous faire parler en roi. »



Accusé de péculat et de rébellion, le surintendant Fouquet devait être jugé par une chambre de justice dont M. de Lamoignon fut nommé président. Ennemi de Fouquet, le ministre Colbert excitait aux mesures les plus rigoureuses, et cherchait à pénétrer les dispositions du premier président <sup>1</sup>. « Un juge, répondit celui-ci, ne dit son avis qu'une fois, et sur les fleurs de lys. »

L'acharnement contre le surintendant devint extrême à la cour. Fût-il mérité, le malheur qu'on outrage est quelquefois

<sup>1</sup> M. de Turenne disait : « M. Colbert a plus d'envie que M. Fouquet soit pendu, et M. Le Tellier a plus de peur qu'il ne le soit pas. » (Mémoires de l'abbé de Choisy.) — Colbert avait fait mettre M. de Lamoignon à la tête de la chambre de justice, parce qu'il le supposait avec vraisemblance animé de quelques anciens ressentiments contre Fouquet ; mais ces souvenirs avaient fait place dans le cœur généreux de Lamoignon à de la pitié, quand il l'avait vu accusé.

Plusieurs surintendants avaient été à plusieurs époques précipités de cette haute position, et condamnés à perdre la vie : on se souvient d'Enguerrand de Marigny, de Semblançai, de Jacques Cœur. Ce poste fut le premier de l'État, jusqu'à ce que l'impôt ait été établi d'après une base fixe, et la comptabilité soumise à des règles certaines.

Le roi très-irrité contre Fouquet disait : « Il voulait se faire duc de Bretagne et roi des îles adjacentes ; il gagnait tout le monde par ses profusions ; je n'avais plus personne en qui je pusse prendre confiance. » L'ambitieuse devise du surintendant : *Quò non ascendam?* (Où ne monterai-je point?) ne servit pas à apaiser Louis XIV. Un intérêt de cœur vint hâter l'arrestation de Fouquet. Cet homme présomptueux, pour lequel avait été fait ce vers :

Jamais surintendant ne trouva de cruelles,

avait osé porter ses vues jusqu'à M<sup>me</sup> de La Vallière, et lui offrir 200,000 livres ; car il se vantait d'avoir dans son coffre-fort le tarif de toutes les vertus. Vint ensuite la fête donnée par lui au roi, à Vaux, château magnifique surpassant de beaucoup par ses merveilles Saint-Germain et Fontainebleau. — Les courtisans remarquèrent que partout, dans les armes de Fouquet, l'écureuil était peint, poursuivi par une couleuvre, emblème héraldique de Colbert.

Pellisson, premier commis de Fouquet, publia pour sa défense trois mémoires regardés comme un chef-d'œuvre. La Fontaine implora la grâce de l'accusé dans une élégie touchante. M<sup>me</sup> de Sévigné, dans une suite de lettres à M. de Pomponne, rendit compte du procès de ce *cher et malheureux ami*, avec la plus tendre sollicitude. Saint-Evremond, M<sup>me</sup> de Scudéry, Hesnault, se prononcèrent pour lui. Il n'en fut pas moins condamné, pour abus et malversations, au bannissement perpétuel et à la confiscation de tous ses biens. Le roi, qui pendant tout le procès avait cherché à dominer la conscience des juges, aggrava la sentence de sa propre autorité, en commuant le bannissement en prison perpétuelle.

comme un feu qui purifie les mauvaises qualités et illumine toutes les bonnes. On parvint à répandre sur Fouquet, convaincu au moins de péculat, tout l'intérêt de l'innocence opprimée. Louis XIV et son ministre demandaient que M. de Lamoignon restreignît la défense de l'accusé et précipitât l'arrêt de condamnation. Gardien incorruptible des formes judiciaires, le magistrat résiste à toutes les obsessions. Mais celui qui dès le premier jour de son règne avait dit : « L'État c'est moi, » veut être obéi.

Que fera M. de Lamoignon au milieu de ces circonstances ardentes ? Osera-t-il lutter encore contre le plus impérieux des monarques, et braver la colère si redoutée d'un roi qu'il sait être personnellement irrité contre Fouquet ? Ne craignons pas que la vertu de Lamoignon succombe à cette épreuve. Persuadé que la faiblesse dans un juge est plus opposée à la vertu que le vice même, et plein de cette belle maxime d'un empereur romain, « J'aime mieux faire le bien à mes risques et périls, que d'être coupable avec impunité, » Guillaume de Lamoignon, après avoir pourvu l'accusé d'un conseil libre, descend avec sérénité de sa chaise curule, et envoie à Louis XIV sa démission de premier président. Le roi n'accepta pas le sacrifice ; la conduite du magistrat en est-elle moins glorieuse ? Non, non ! Les siècles passent et s'anéantissent dans l'éternelle nuit de l'oubli ; mais de tels actes d'indépendance ne vieillissent et ne meurent jamais.

Entre tant d'éloges qu'a mérités Guillaume de Lamoignon, on a surtout vanté cette rare patience avec laquelle il écoutait les plaideurs. « Laissons-leur, disait-il, la liberté de dire les choses nécessaires et la consolation d'en dire de superflues. N'ajoutons pas au malheur qu'ils ont d'avoir des procès, celui d'être mal reçus de leurs juges. Nous sommes établis pour examiner leurs droits, et non pas pour éprouver leur patience ; » et il leur laissait éprouver la sienne. Il fallait le voir sur son siège, avec cette noble figure où se peignaient l'amour du bien et de la vérité, cette gravité calme et réfléchie qui témoignait chez lui de l'absence des passions ou de l'habitude de les vaincre, comme il prêtait une attention religieuse aux plaidoiries ! Il n'interrompait jamais les avocats, de peur qu'ils n'omisissent ou n'exposassent pas dans tout son jour une raison décisive. Il pensait que la justice est une dette sacrée que le

magistrat ne saurait acquitter avec trop de scrupule et de lumière. Il lisait tous les mémoires des parties, aussi longs et fastidieux qu'ils pussent être. Il avait toujours présent à l'esprit cette menace de Dieu : « Je jugerai les justices. »

La confiance publique lui avait érigé un tribunal domestique qui n'était pas le moins utile ni le moins occupé; il conciliait plus d'affaires qu'il n'en jugeait. Si l'obstination des plaideurs résistait à ses douces insinuations, s'il trouvait en eux des malades incurables, il les plaignait, et reprenait paisiblement ses fonctions de juge. On put dire de lui ce que Cicéron dit de Murena : « *Sapiens prætor, qualis is fuit, offensionem vitat æquabilitate decernendi, benevolentiam adjungit lenitate audiendi.* »

On sait que les arrêts prononcés par M. Lamoignon sont une des plus belles parties de l'histoire du palais. C'est lui qui fit abolir la monstrueuse et ridicule coutume, par laquelle une femme armée de l'autorité de la justice, pouvait faire à son mari, devant les magistrats, un appel également réprouvé par la pudeur et par la raison, par la religion et par la nature. A sa voix, cet opprobre de notre législation disparut, et la loi cessa d'être en contradiction avec la morale.

Les tribunaux ecclésiastiques et les juridictions séculières étaient sans cesse en conflit, tels que deux voisins mal fixés sur les limites de leurs héritages. Placé comme un génie tutélaire à la garde des bornes immuables qui doivent séparer le sacerdoce de l'empire, M. de Lamoignon créa une jurisprudence qui tarit cette source funeste de dissentiments, et il s'appliqua dans tout le cours de sa suprême magistrature à réaliser cette belle ordonnance des anciens rois qui veut que *bonne et brève justice soit administrée en ce royaume.*

Mais Guillaume de Lamoignon n'était pas seulement un grand magistrat, il portait dans l'étude des lois la hauteur de vues et le coup-d'œil philosophique d'un législateur. Sans partager les opinions de ces hommes à idées étroites, vrais traîneurs de la civilisation, qui trouvent dans le passé la loi fatale de l'avenir; sans agir cependant avec la précipitation d'un novateur qui ne respecte aucun obstacle, et ne tient pas compte de la puissance du temps, M. de Lamoignon, ami d'un sage progrès, aspirait vivement à réprimer l'espèce d'anarchie judiciaire qui pesait sur le pays.

Chaque seigneurie avait son droit civil ; la France était régie par plus de soixante coutumes générales, et par plus de trois cents coutumes particulières. Leur nombre prodigieux et leur disparité bizarre étaient un aliment éternel de fraudes et de procès. « Mes amis, disait à Ivry Henri IV luttant à la fois contre les soldats et contre les arguments de la ligue, la barbarie et la confusion de la jurisprudence, voilà l'ennemi. » Aussi dans ces temps ténébreux, par un abus ridicule de citations, voyait-on d'une part les pères de l'Église appelés pour statuer sur un article de coutume ; de l'autre, Ovide et Virgile décider des mariages, et venir avec le digeste au secours de la veuve et des pupilles <sup>1</sup>.

A l'aspect de cet amas de lois arbitres de la fortune et de la vie des citoyens, ne présentant que l'image du chaos, M. de Lamoignon conçut le noble projet de travailler à une seconde réforme de la coutume de Paris, de fixer des points sur les questions les plus ordinaires et les plus importantes qui étaient misérablement controversées dans le ressort, et d'établir des règles uniformes et certaines, applicables à la France entière, pour tout ce qui n'était pas nettement décidé par les usages. Auzannet et Fourcroy, deux des plus habiles avocats de Paris, l'aiderent dans cet ouvrage, connu depuis sous le titre d'*Arrêtés de Lamoignon*.

Ce travail dura près de trois ans, pendant lesquels on tenait chez le premier président deux assemblées par semaine. Ces arrêtés ne sont pas des lois, puisqu'ils n'ont pas reçu le sceau de la puissance publique ; mais qu'on se garde de croire que ce soient là des ruines mortes en naissant, et qu'ils n'ont hérité d'aucun grand souvenir. Sans être expressément revêtus du caractère de lois, ils en acquirent toute l'autorité par l'éclat imposant et soutenu de leur réputation et de leur sagesse. Il n'est qu'un seul livre qui ait dû ainsi à l'évidence de la raison, l'insigne honneur de suppléer ou de remplacer la loi dans le silence du législateur, c'est celui de Pierre Pithon sur les libertés de l'église gallicane.

Les arrêtés de M. de Lamoignon annoncent les plus vastes recherches ; ils réfléchissent une connaissance parfaite des

<sup>1</sup> Le premier président de Harlay disait dans une audience solennelle, à la fin d'une mercuriale : « Procureurs, Homère vous apprendra votre devoir dans son admirable Iliade, livre 10. »

principes les plus purs du droit coutumier, du droit romain, des ordonnances et des usages du palais. M. de Lamoignon s'y élève jusqu'à l'origine et à la raison des lois, et substitue la simplicité du style et la clarté de la méthode, à la stérile abondance et à la savante obscurité de ses devanciers. Daguesseau en a fait le plus bel éloge ; on s'est enrichi de plusieurs de leurs dispositions, lors de la rédaction du Code Napoléon. Les jurisconsultes les citent toujours dans leurs écrits comme un beau monument élevé à la science du droit.

On a prêté à Guillaume de Lamoignon l'idée d'avoir voulu renouveler l'ancien projet de l'uniformité des coutumes dans tout le royaume. En présence de la féodalité, mère des coutumes, qui vivait encore de toute son énergie dans l'ordre de la société civile, en présence de toutes ces originalités puissantes de province, de la ténacité de tant d'intérêts rebelles, c'était là, on le comprend, une impossibilité morale contre laquelle était venu déjà se briser le génie de Dumoulin, et que n'avait jamais songé à réaliser M. de Lamoignon.

Il savait bien que le souffle vital, c'est-à-dire l'identité des intérêts, la communauté des idées, la fusion des populations manquaient au pays ; qu'un peuple ne se refait pas en un jour, et qu'il ne cesse pas aussi brusquement de se ressembler à lui-même. Il y avait sans doute dans les esprits au XVII<sup>e</sup> siècle, un élan marqué vers les idées d'uniformité appliquées à la société : c'était là aussi la pensée dominante de Louis XIV qui voulait l'unité à tout prix, aveugle, tyrannique dans l'ordre politique et religieux. Mais ce qui est dans les opinions n'est pas encore dans les habitudes. Le temps seul fait les mœurs. N'est pas révolutionnaire qui veut. Il fallait attendre la nuit du 4 août 1789, nuit sublime d'enthousiasme, nuit éternelle qui arracha de la terre nationale toutes les racines de la puissance féodale. Alors l'uniformité jaillissait de la conscience sociale, comme de la pensée d'un seul individu ; c'était un peuple fait homme <sup>1</sup>.

Conçus sur un plan moins vaste, mais appropriés aux besoins de son siècle, les arrêtés de M. de Lamoignon restaient

<sup>1</sup> On peut appliquer avec une entière vérité aux membres de l'Assemblée constituante, après la célèbre nuit du 4 août, ce vers que la flatterie avait adressé à un empereur :

*Fecit patriam diversis gentibus unam.*

toujours un ouvrage précieux, comme des jalons lumineux qui éclairaient les chemins de l'avenir, et comme un pas immense fait vers cette unité de législation qui avait été le rêve de tant d'esprits supérieurs. Louis XIV avait d'abord agréé les projets de M. de Lamoignon; car le despotisme aime aussi la régularité, parce qu'il est de sa nature, inquiet, et que toute confusion l'alarme.

Mais le ministre Colbert voyait d'un œil jaloux que le premier président dont il n'était pas l'ami, fût appelé à attacher son nom au grand ouvrage de l'organisation judiciaire<sup>1</sup>. Ensuite, il ambitionnait la place de chancelier, et il crut que pour parvenir à cette haute dignité, il devait se mettre à la tête de la réforme. Il fit substituer aux arrêtés les deux ordonnances de 1667 sur la procédure civile, et de 1670 sur la procédure criminelle. Elles furent préparées surtout par son oncle Pussort, conseiller d'Etat, qui, dans le procès Fouquet, avait opiné à mort avec une sorte d'emportement et de rage, homme d'ailleurs intègre, instruit, mais d'un caractère dur, intraitable, et sans vues profondes et étendues sur la législation<sup>2</sup>.

Colbert aurait voulu que l'ordonnance de 1667 fût enregistrée dans un lit de justice, telle qu'elle était sortie des mains de Pussort; mais le roi manda le premier président et le pria d'examiner ce travail. Ce magistrat oublia la préférence injurieuse qu'on venait d'accorder à Pussort dans l'œuvre de la réformation. Il se rappela seulement que cette ordonnance devait porter le nom du roi à la postérité, et qu'elle devait

<sup>1</sup> Colbert était un homme sec, de petite taille, de manières communes. L'habitude des refus avait formé sur son front un pli sinistre dont le mouvement glaçait d'effroi les solliciteurs. Il apparaissait dans ses audiences tellement impassible, qu'une femme impatientée lui cria un jour : « Au moins, faites-moi signe que vous m'entendez. » M<sup>me</sup> de Sévigné l'appelle *le Nord*, et un poète; *Vir marmoreus*. Jamais la nature n'avait plus ouvertement écrit sur les traits d'un homme sa vocation pour être ministre des finances.

<sup>2</sup> Pussort, homme d'un caractère entier, âme peu tendre, serviteur passionné du pouvoir qui, à ses yeux, ne pouvait jamais se tromper, fut, dans cette occasion, en lutte perpétuelle avec le premier président de Lamoignon, qui opposait, d'un front inaltérable à sa logique mordante et hautaine, les sentiments et les doctrines de la dignité et de la jurisprudence parlementaires.

être digne de la grandeur de sa renommée; il disait souvent à son fils : « Ne nous vengeons jamais sur l'État, des chagrins que les ministres nous donnent. »

C'est alors que s'ouvrirent ces conférences sur l'ordonnance de 1667 dont le procès-verbal existe encore, conférences modèles de la plus libre et de la plus savante discussion. Si cette ordonnance ne brille pas toujours par l'exactitude de la rédaction, si elle eut le tort de ne pas réduire assez le vieil échafaudage des juridictions féodales, de ne pas s'occuper de la saisie immobilière, et de laisser ainsi le pays, pendant plus d'un siècle et demi, livré, dans cette partie de la législation, à la plus affreuse anarchie, on ne peut contester cependant qu'elle ne fut un bienfait réel.

Auparavant, la procédure était une matière éparse dans une multitude d'édits, et d'ordonnances, modifiés dans chaque siège par des coutumes, des arrêts de règlement, et des jurisprudences locales, *dédale obscur et tortueux dont l'entrée était interdite au plus grand nombre, et dans lequel les hommes les plus éclairés s'égarèrent*<sup>1</sup>. L'ancienne pratique ne se recommandait pas non plus au respect des justiciables par la modicité des frais, la rapidité de l'instruction, la probité des mœurs judiciaires. De là, ce concert de satires et d'épigrammes qui s'élevait de toutes parts contre elle, témoignages légers en la forme, mais puissants au fond par leur unanimité, ces réclamations énergiques d'un Loyseau, d'un Lhospital; les préambules de ces ordonnances qui accusent si hautement les scandales dont on essaie timidement la réforme.

L'ordonnance de 1667 ne tarit pas entièrement cette source énorme d'abus, mais elle en fit disparaître un grand nombre. Ainsi, elle coupa court à la multiplicité des appels des jugements préparatoires, l'une des plaies qui désolait le plus l'ancienne jurisprudence. Il ne fut pas permis désormais de revenir devant le juge, pour alléguer la faute du juge lui-même, sur l'appréciation des actes et des faits, espèce de voie de révision incessante qui faisait de la fin d'un procès comme de la victoire de Cadmus, et dégradait la magistrature en attaquant la dignité de son ministère et l'opinion de son intégrité. On ne vit plus les instructions par écrit s'allonger, se grossir au gré

<sup>1</sup> Paroles de François I<sup>er</sup>, dans un lit de justice, en 1516,

d'un vil intérêt, les procureurs creuser une mine sans fond, et les rapporteurs attendre quelquefois les pièces toute leur vie. La contrainte par corps qui était alors une règle générale en matière civile, tomba au rang des plus étroites exceptions. On comprenait mieux la valeur de l'homme; les idées fécondes de la liberté commençaient à se faire jour dans la nuit des préjugés et dans les ténèbres de la législation.

Ces sages innovations de l'ordonnance furent dues principalement à Guillaume de Lamoignon. Le travail de Pussort et de ses conseillers était empreint des vices les plus graves. Ils n'avaient guère fait que copier les ordonnances antérieures; il fallut remplir d'innombrables lacunes, et modifier sur presque tous les points cette œuvre si imparfaite. C'est au sein de ces conférences dont M. de Lamoignon fut l'âme, que se déployèrent dans toute leur étendue les grandes facultés de ce magistrat. Avec la même facilité qu'il s'élève à une discussion des points les plus abstraits du droit, on le voit descendre dans les détails de la pratique la plus embarrassée et la plus épineuse. De quels riches développements, de quelles vives clartés il environne toutes les faces d'une question! comme il sait rendre les plus subtiles théories accessibles à toutes les intelligences! C'est l'image d'un fleuve qui roule ses eaux limpides dans un lit profond.

Si l'ordonnance de 1667 ne reçut pas toute la perfection dont elle était susceptible, c'est qu'à l'aide du crédit de son neveu, le rapporteur de la loi, M. Pussort fit rejeter par Louis XIV plusieurs des vues du premier président dont il s'était constitué le censeur et l'émule. Que dis-je l'émule? il n'y avait rien en lui de ce sentiment fier et délicat qui excite à mieux faire, élève et multiplie nos forces et grandit l'âme à l'aspect de celui qu'on s'est proposé pour modèle. Non, dans cette opposition ardente, Pussort n'était mû que par cette passion basse et aride qui se dévore elle-même, s'acharne sur le mérite, s'irrite de toute supériorité, par l'envie, enfin, l'un des plus tristes fléaux de la condition humaine. Il ne pouvait pardonner à Lamoignon les vastes aperçus, l'inépuisable variété de connaissances qu'il portait dans toutes les discussions, une éloquence persuasive et naturelle qui donnait à toutes ses paroles un charme irrésistible.

C'est surtout dans le procès-verbal de l'ordonnance crimi-



nelle de 1670, que Pussort repousse avec la plus imperturbable dureté tout ce que M. de Lamoignon propose pour tâcher d'humaniser une loi aussi rigoureuse et aussi peu digne de la nation française.

L'ordonnance de 1539, ouvrage du chancelier Poyet, qui avait enlevé toute publicité dans les procès criminels et tout conseil à l'accusé, servit de base à Pussort pour la rédaction de celle de 1670, que Daguesseau, plus tard, n'eut pas le courage d'abolir. Mais M. de Lamoignon la combattit, lors des conférences, avec une vertueuse énergie, et réclama infructueusement des défenseurs et d'autres garanties pour les accusés. « Un conseil, disait-il, n'est pas un privilège accordé par les ordonnances ni par la loi ; c'est une liberté acquise par le droit naturel, qui est plus ancien que toutes les lois humaines. »

Le ministre Pussort répondait « que les conseils pouvaient servir à sauver des coupables. » On ne raisonna pas autrement lors de la hideuse loi de prairial an 2, qui refusait tout défenseur aux accusés. Pussort ajoutait « que d'ailleurs le ciel ne permettrait pas la perte de l'innocent ; » imitant par là cet homme sanguinaire qui, au milieu d'un massacre d'hérétiques, criait aux meurtriers hésitants et incertains dans leurs choix : « Tuez, tuez toujours, Dieu saura bien reconnaître les siens <sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Plus de cent quinze délits étaient à cette époque punis de mort. Ainsi, l'individu qui volait dans une maison royale, la femme qui cachait sa grossesse, le blasphémateur, le libraire qui vendait un livre sans permission, etc., etc., pouvaient être condamnés au dernier supplice, et quel supplice ! le gibet, la roue, l'écartellement, le feu, etc. La procédure criminelle en France, comme la pénalité, était, avant notre grande Révolution, pleine de tourments atroces : on appliquait à la torture l'accusé pour lui arracher l'aveu de son crime ; c'était la *question préparatoire*. L'on faisait endurer le même supplice au condamné pour connaître le nom de ses complices ; c'était la *question préalable*. La question préparatoire fut abolie par une déclaration royale du 24 août 1780 ; la question préalable ne fût supprimée que le 9 novembre 1789.

La manière d'appliquer la question n'était pas la même pour toute la France. Dans le ressort du Parlement de Paris, l'on faisait subir aux membres une extension douloureuse, ou bien l'on froissait les jambes avec des brodequins. Dans le Parlement de Bretagne, on attachait le patient sur une chaise de fer, et on lui faisait présenter ses jambes nues au feu, en les approchant par degrés. Dans le Parlement de Besançon, on élevait l'accusé en l'air avec une corde attachée à ses bras liés derrière son dos, et pour la

Ce fut le même indigne ministre qui, malgré les vives et touchantes protestations du premier président, le Fénelon de la jurisprudence, fit supprimer les adjoints chargés de veiller à la sincérité des informations; qui plaçant les accusés dans l'alternative du parjure ou de la mort, exigea d'eux avant leur interrogatoire le serment de dire la vérité tout entière, et renouvelant les attentats de Poyet, en 1539, fit insérer les défenses de communiquer l'instruction.

M. de Lamoignon demandait qu'on abolît la torture, monstre absurde, espèce de Sphynx, qui dévorait également ceux qui répondaient et ceux qui ne répondaient pas. Le farouche Pussort persista à vouloir chercher la conviction des accusés dans les horreurs de la question; il semblait avoir pris pour devise ces mots de Caligula à l'exécuteur : « Fais qu'il sente la mort. » N'est-ce pas là, il est vrai, ce qu'a répété notre législation pendant des siècles? Le droit criminel n'avait jamais été l'objet d'études sérieuses; aucun de nos grands jurisconsultes ne lui avait dû sa gloire, c'est que tout s'instruisait, se jugeait dans l'ombre et avec un laconisme homicide; c'est qu'il aurait fallu soulever des questions redoutables dont l'examen seul aurait fait trembler le pouvoir sur ses bases <sup>1</sup>.

question extraordinaire, on augmentait les tourments, et l'on suspendait un gros poids de fer à chacun de ses pieds.

<sup>1</sup> La cohue des enquêtes, comme l'appelait le cardinal de Retz, voyait le projet de réformation de mauvais œil, et se préparait à des résistances dont elle croyait que la Cour serait très-embarrassée; elle tâchait de faire entrer les autres dans le même esprit. La Cour engagea le premier président à laisser agir le Parlement; elle n'attendait qu'une fausse démarche de la part de cette compagnie, pour mutiler le Parlement dans ses rejetons les plus vivaces en supprimant la chambre des jeunes magistrats (des enquêtes), et se venger par un coup d'autorité des affronts qu'elle avait essayés lors de la fronde. La cour fit à Lamoignon les offres les plus brillantes pour acheter son silence; mais le premier président repoussa ce rôle avec indignation, et s'attacha avec ardeur à calmer la chaleur des oppositions, à ouvrir les yeux à ses collègues sur leurs véritables intérêts, et la malveillance fut pleinement déconcertée.

Si le premier président épargna dans cette occasion un coup de foudre au Parlement, il lui évita ensuite un ridicule dont cet illustre corps allait peut-être se couvrir, lorsqu'il avertit Boileau du projet qu'avait l'Université de présenter requête pour la philosophie scolastique contre les nouvelles découvertes, et de l'obligation où le Parlement pourrait se voir de rendre un arrêt conforme à la requête. Boileau prévint cet arrêt par son arrêt burlesque qui enjoignit *« au cœur de continuer d'être le principe des nerfs,*

L'ordonnance de 1670 ne règle que les formes. Nous n'avions jamais eu de loi générale sur la pénalité. En descendant dans ces sombres régions des crimes et des supplices, on n'y trouve que des dispositions incohérentes, sans système, sans ensemble, établies à des époques diverses, la plupart pour des circonstances du moment, lois éparses dans de volumineux recueils, tantôt oubliées, tantôt remises en vigueur, et dont la barbarie ne trouvait de remède que dans cet autre abus, celui d'être interprétées et modifiées capricieusement par les juges. L'éternel honneur de M. de Lamoignon sera d'avoir le premier réclamé contre cet atroce arbitraire, contre tant d'outrages faits à la justice et à la dignité de l'homme. Ses paroles resteront comme un beau plaidoyer en faveur de l'humanité.

Nous n'avons considéré jusqu'ici dans Guillaume de Lamoignon, que le magistrat et le législateur. L'homme de lettres était, s'il se peut, plus étonnant encore. On plaçait jadis le temple des lois devant celui des muses. Lamoignon aussi aimait à se délasser par les charmes de la littérature, des travaux de sa place, et personne ne savait mieux entremêler aux affaires un loisir délicat et plein d'attrait. Il fuyait loin de Paris; le mouvement des grandes villes a je ne sais quoi de violent qui fatigue et tourmente les âmes douces; le repos même y est agité. Il se réfugiait à sa campagne de Bâville, chantée par un de nos poètes les plus illustres, où se réunissait la société la plus choisie dans le plus beau siècle qui ait lui sur la France<sup>1</sup>. Là, on voyait la chambre où Bourdaloue écrivait

*nonobstant toute expérience à ce contraire; fait défense au sang d'être plus vagabond, errer ni circuler dans le corps, sous peine d'être entièrement liéré et abandonné à la Faculté de médecine, et ordonne aux répétiteurs hibernois de courir sus aux contrevenants, à peine d'être privés du droit de disputer sur les prolégomènes de la logique. »*

On sait que M. Dongois, secrétaire de la grand'chambre, neveu de Boileau, poussa la plaisanterie jusqu'à vouloir surprendre la religion de M. le premier président, et lui faire signer l'arrêt burlesque caché parmi d'autres expéditions; mais le magistrat, qui ne signait rien au hasard, aperçut la fraude et dit en riant : « Voilà un tour de Despréaux. » Il en rit beaucoup avec lui-même, non pas comme d'une plaisanterie indifférente, mais comme d'un badinage utile, qui, dans cette occurrence, avait sauvé les droits de la raison humaine, et l'honneur de deux grands Corps, car l'Université n'osa pas présenter sa requête.

<sup>1</sup> Bâville, nom d'une maison de campagne près d'Étampes, dont Charles

quelquefois ses sermons, les ombrages où Racine, Boileau, La Fontaine faisaient des vers, où se rassemblaient les Nicolle, les Sévigné, les Lafayette, les Larochehoucauld, les Coulanges.

Voilà de quels esprits le maître de ce noble asile avait formé sa petite cour. Il obligea Boileau, par une espèce de défi, à composer le poème du *Lutrin*, où le poète déclare lui-même l'avoir peint sous le nom d'Ariste <sup>1</sup>. Le magistrat ca-

de Lamoignon, aïeul du premier président, avait fait l'acquisition. Elle n'était d'abord qu'une petite chaumière. On n'y venait pas pour voir une belle maison ni un beau parc; il n'y avait rien de pareil; on ne pouvait donner que deux ou trois chambres aux étrangers. Dans la plus grande, on mettait quatre lits qui servaient à autant de personnes. Il venait une foule de monde à Bâville, et la plupart des visiteurs étaient obligés de coucher dans leurs carrosses. Le père de Guillaume y fit construire un château.

Rapin, choisi par Guillaume de Lamoignon pour élever son fils, a laissé en latin un poème des Jardins, où il dit en parlant de Bâville :

*Ibat parva quidem, magnis sed debita fatis.*

(Lib. III, v. 535.)

V. aussi le père Vannière dans le V<sup>e</sup> chant de son *prædium Rusticum*, et Boileau, épit. vi.

<sup>1</sup> « Il y avait autrefois dans le chœur de la Sainte-Chapelle un gros pupitre ou *lutrin*, qui couvrait presque tout entier le chaire dans sa place. Il le fit ôter. Le trésorier voulut le faire remettre. De là vint une dispute qui fait le sujet du poème. Ce démêlé parut si plaisant à M. le premier président de Lamoignon, qu'il proposa un jour à Boileau d'en faire la matière d'un poème que l'on pourrait intituler *la Conquête du lutrin* ou le *Lutrin enlevé*, à l'exemple du Tassone qui avait fait son poème de la *Secchia rapita* sur un sujet presque semblable. Boileau répondit qu'il ne fallait jamais défler un fou, et qu'il l'était assez, non-seulement pour entreprendre cet ouvrage, mais pour le dédier au premier président lui-même. En effet, il forma dès le jour même l'idée et le plan de son poème dont il composa les vingt premiers vers. Le plaisir que cet essai fit à M. de Lamoignon encouragea l'auteur à continuer. » (Brossette.)

Boileau fait un grand éloge, dans sa préface du *Lutrin*, de Guillaume de Lamoignon (marquis de Bâville, comte de Launai-Courson, baron de Saint-Yon). « C'était un homme, dit-il, d'un savoir étonnant et passionné admirateur de tous les bons livres de l'antiquité; c'est ce qui lui fit plus aisément souffrir mes ouvrages, où il crut entrevoir quelque goût des anciens. Il ne s'effraya pas du nom de *satires* que portaient mes écrits, où il ne vit que des vers et des auteurs attaqués. »

M<sup>lle</sup> de Lamoignon, sœur du premier président, ne pouvait pardonner à Boileau ses satires et ses épigrammes. « Ne voudriez-vous donc pas qu'on en fit même contre le grand-turc? lui dit un jour le poète. — Non, c'est un souverain. — Mais au moins contre le diable? — Elle se tut un moment, puis répliqua : Non, il ne faut parler mal de personne. »

On s'étonnait devant cette même demoiselle de l'embonpoint d'un prédi-

chait un critique judicieux, un orateur parfait, un érudit du premier ordre. Son savoir dans tous les genres de littérature était un sujet perpétuel d'admiration pour ses contemporains.

Il ne faudrait pas croire que Guillaume de Lamoignon étendit son amour pour les lettres à toutes sortes d'ouvrages; s'il eût vécu dans un temps d'industrie comme le nôtre, où tant d'auteurs escomptent leur immortalité, et, lorsqu'ils en ont retiré un peu de bruit et d'argent, trouvent, selon l'expression d'un ingénieux écrivain, qu'ils ont fait une bonne affaire, on ne l'eût pas vu consacrer ses loisirs à la lecture de ces productions éphémères nées du désœuvrement ou de la cupidité, vides de choses, propres seulement à contenter la paresse du lecteur frivole et à satisfaire le caprice d'une vaine curiosité. Saintement avare de son temps, il allait puiser des enseignements, des leçons de goût, de vertu et de patriotisme dans les sources de l'antiquité, dans les œuvres de ces génies puissants qui semblent avoir enfanté tous les autres.

Il vivait dans un siècle qui se connaissait en grandes choses et qui en avait à choisir, où cependant après Dieu et le roi, on ne respectait rien tant que les anciens <sup>1</sup>. M. de Lamoignon disait que si l'esprit humain retombait dans les ténèbres d'un autre moyen âge, il reprendrait par le secours des anciens sa force et sa clarté, de même que le feu sacré de Vesta se rallumait aux rayons du soleil, qui en était la primitive origine et l'éternel foyer.

cateur de doctrine très-rigide. « Oh! dit la dévote personne, mais il commence à maigrir. »

<sup>1</sup> Au XVII<sup>e</sup> siècle, les hommes de lettres n'avaient pas le premier rang dans le monde. Le naturel et la simplicité de leur vie sont demeurés dans leurs ouvrages. Leur talent a la candeur de leur âme. Boileau ne croyait pas du tout que l'art de faire des vers l'égalât à Louis XIV, ni même aux ministres ou aux grands seigneurs de la cour. Auteuil n'était que la petite maison d'un poète; on n'y médissait que des mauvais auteurs; et dans ces douces réunions, pour qui les plus nobles affinités de l'intelligence et de l'âme semblaient avoir remplacé les liens du sang, on se livrait à un échange de pensées intimes. Là, comme à Bâville, on lisait Horace et Virgile; on y manifestait un culte pour les anciens. Le célèbre Arnauld disait qu'on apprend à écrire en français en lisant Cicéron, et qu'on reconnaissait au nombre, au mouvement, à l'harmonie du style, ceux qui fréquentaient les auteurs de l'antiquité, de même qu'autrefois la fable trouvait une voix plus mélodieuse aux oiseaux qui avaient voltigé sur le tombeau d'Orphée.

Peut-être doutera-t-on qu'éloigné des yeux du public, il fût encore semblable à lui-même? Entrons dans sa vie privée : ce n'était pas une de ces puissantes et fougueuses existences qui veulent tout emporter de haute lutte, et qui s'annoncent toujours avec cet air de supériorité d'un homme qui tient dans les plis de sa robe la paix ou la guerre. Non, simple et modeste, n'ayant pas plus le faste des paroles que celui des actions, il ne voulait pas, disait-il, peser son grain de cuivre dans des balances d'or. On retrouvait en lui l'égalité d'humeur, le doux laisser-aller du vrai savoir qui estime la vie ce qu'elle vaut et qui sait en jouir. Les déchirements de la jalousie, les soulèvements de l'orgueil, les irritantes piqures de la vanité, toutes ces misères qui consomment dans le calme apparent de l'existence, il ne les ressentit jamais. Il avait une de ces natures affectueuses qui plaisent et attirent.

Si chaque homme éminent se révèle par une qualité distinctive, on peut dire que la sienne fut le génie de la bonté, de la bienfaisance; et loin de lui cette philanthropie vulgaire qui déplore le mal et s'en tient à distance. Il aimait Dieu et ses semblables à la sueur de son front. Il distribuait aux malheureux tout ce qu'il retirait annuellement des travaux du palais. Par la puissance de son crédit et par ses propres largesses, il parvint à maintenir ce vaste établissement, où toutes les afflictions de l'esprit et du corps trouvent une espèce de miséricorde qui les soulage. En 1662, Paris était menacé d'une grande famine; Louis XIV désigna le premier président pour être le chargé d'affaires des pauvres.

La religion qui seule explique l'homme à lui-même, qui le rend sensible aux misères d'autrui comme aux siennes, qui tend à faire de toutes les nations un peuple de frères, était le mobile de toutes les actions de M. de Lamoignon. C'était une de ces âmes primitives échappées aux premiers âges du christianisme, un de ces hommes en qui se résument tous les instincts généreux de leur époque, et qui passent à travers leur siècle sans qu'il dépose sur eux aucune de ses taches. Chose rare ! il lui fut donné de faire autorité de son vivant, et de s'entendre citer comme un ancien. Il put trouver dans l'opinion présente un augure de l'opinion à venir, et vivre, en quelque sorte, contemporain de la postérité. Sa vie s'écoulait paisible, glorieuse, ne recélait aucun germe apparent de dissolution,

lorsqu'une maladie l'emporta en quatre jours, à l'âge de soixante ans.

Ainsi finit ce magistrat, tout de devoir, qui offre au plus haut degré le type du savoir et de la vertu, qui s'ensevelit dans la bénédiction des peuples, qui soutint l'honneur de la magistrature comme les Turenne et les Condé soutinrent l'honneur des armes, et auquel on peut appliquer à si juste titre ces paroles de Velleius Paterculus sur Scipion Emilien : *Vir togæ dotibus ingenique ac studiorum eminentissimus sæculi sui, qui nihil in vitâ nisi laudandum aut fecit, aut dixit, ac sensit*<sup>1</sup>.

Pourquoi faut-il que des hommes si dignes de vivre, soient si tôt enlevés au monde ? hélas ! il fut encore plus heureux que l'un de ses descendants, dernier reste de cette tige de Lamoignon où l'amour de la justice s'éleva toujours à tant de dévouement au pays, Lamoignon de Malesherbes ! sublime vieillard, si grand au sein des honneurs, plus grand encore sous la hache du bourreau, vous avez clos dignement la liste triomphale des noms de vos aïeux ! aucun genre d'illustration ne manquait à votre race ; vous avez su pourtant lui trouver encore une gloire, celle de mourir pour une haute infortune<sup>2</sup> ! **SORBIER.**

<sup>1</sup> *Hist.*, lib. I, n° 12. — V. ce que disent aussi Bourdaloue sur Lamoignon, dans son *Sermon de l'aumône* ; — Daguesseau (*De l'éloq.*, III<sup>e</sup> discours) ; — le cardinal Maury (*Panegyrique de saint Vincent de Paul*) ; — Dussault (notice précédant l'oraison funèbre de Lamoignon, par Fléchier).

Les mémoires de Saint-Simon contiennent une anecdote infâme sur le premier président. Il s'agit de la propriété de la terre de Courson, que le caustique écrivain prétend avoir été dévolue à Guillaume de Lamoignon par suite d'une condamnation capitale que le magistrat aurait prononcée contre le possesseur précédent, nommé Fargues. Il y a autant de mensonges que de mots dans ce récit. Fargues était, non comme le dit l'auteur, un gentilhomme décapité par arrêt du Parlement pour avoir participé aux troubles de la Fronde, mais un soldat parvenu au grade d'officier, à force d'intrigues et de vols. Il fut condamné à être pendu, par sentence du tribunal d'Abbeville, le 17 mars 1665. — M. de Lamoignon fut revêtu de la terre de Courson, en sa qualité de seigneur haut justicier et en vertu de lettres patentes du 30 juillet 1667, par lesquelles le roi le subrogea en tous ses droits. Saint-Simon, comme duc et pair, haïssait tous les gens de robe qui disputaient à tous ces messieurs la préséance au Parlement, et il ramassait sans discernement toutes les calomnies que l'on débitait sur les familles des magistrats.

<sup>2</sup> Le fils aîné du premier président fut le grand-père de Malesherbes qui, pour avoir eu le noble courage de venir, de lui-même, défendre son roi, périt à soixante-deux ans, sur un échafaud, dans le sang de toute sa famille égorgée sous ses yeux. — Dans un petit poëme de M. Alexandre de Ségur, intitulé *la Prison*, on trouve ce vers sur Malesherbes :

L'honneur de ton supplice a couronné ta vie.

## BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE L'ORGANISATION, DE LA COMPÉTENCE ET DE LA PROCÉDURE EN MATIÈRE CONTENTIEUSE ADMINISTRATIVE dans leurs rapports avec le droit civil, par M. SERRIGNY. — 2<sup>e</sup> édition; Aug. Durand, libraire-éditeur.

Compte rendu

par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

M. Serrigny vient de faire paraître une édition nouvelle de ce *Traité*, déjà vieux de vingt ans. La modestie de l'auteur lui fait dire qu'elle est corrigée, et la réalité qu'elle est augmentée de moitié. C'est le sort des livres de droit de s'augmenter sans cesse avec la science. L'auteur observe très-justement que le droit administratif a peu changé depuis sa première publication, malgré les révolutions répétées de notre droit politique; en revanche il s'est accru de lois, surtout d'interprétations et de décisions nouvelles, qui viennent se placer à côté des anciennes. De là un travail nécessaire pour compléter périodiquement les œuvres que le temps et le développement ou le changement des institutions et des idées rendent toujours incomplètes. Hâtons-nous de dire que M. Serrigny ne s'est pas contenté, comme un certain nombre d'auteurs, d'additions et de juxtapositions; il a soumis son ouvrage à un travail de recomposition pour lui laisser le précieux avantage de l'unité; seulement il nous donne un enseignement de plus, en nous faisant suivre les variations historiques du droit.

Dans un titre préliminaire, consacré aux considérations générales, l'auteur établit la distinction du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Il s'y pose cette grande question : « Du principe de la séparation du pouvoir judiciaire avec les pouvoirs législatif et exécutif, faut-il conclure que l'autorité judiciaire constitue dans l'État un troisième pouvoir constitutionnel parallèle aux deux autres? Ou, au contraire, n'est-il qu'une simple branche de l'exécutif subordonnée au chef de l'État ? »



C'est à cette seconde opinion qu'il se rallie, mais en invoquant des arguments purement historiques ou des textes constitutionnels. Nous ne contestons point la force pratique de raisons de cette nature, et on peut les trouver suffisantes dans un ouvrage d'enseignement fait en vue de l'application. Cependant, quand une question si grave se pose, quand le principe même est si sujet à contestation, quand le grand nom, le nom philosophique de Montesquieu est cité, on pourrait demander plus. Histoire et constitutions à part, nous eussions désiré que M. Serrigny fit connaître son opinion sur le principe même. L'idée que le pouvoir judiciaire fait partie ou tout au moins procède du pouvoir exécutif, a joué un grand rôle dans tous les pays, ajoutons, un rôle funeste, au moins en ce qui concerne l'administration de la justice criminelle. L'inamovibilité accordée chez nous aux magistrats, le principe d'élection introduit dans la juridiction commerciale dérogent considérablement à cette idée, quoique la nomination des uns et l'institution des autres soient réservées au pouvoir exécutif. Mais ce n'est pas le lieu de traiter ou de discuter une telle question, et, signalant ce que nous regardons comme une lacune, nous n'avons pas la prétention de la combler. La décision que M. Serrigny tire de l'histoire et de nos constitutions lui sert à justifier tout au moins la manière dont se règlent les conflits d'attribution. Le reste du titre préliminaire est employé à l'exposition des principes qui déterminent la nature et la compétence du contentieux administratif, à la justification de ce contentieux même, souvent contesté par de bons esprits que préoccupent exclusivement l'intérêt de chacun et la nécessité de l'indépendance de ceux qui jugent, toujours défendu par ceux qui sont habitués à prendre en considération l'intérêt public et la nécessité de la liberté d'action chez ceux qui administrent.

Le plan de l'auteur est simple. Il considère successivement les divers tribunaux administratifs, en partant du Conseil d'État, placé, à divers titres et à des distances inégales, au-dessus de tous. Il passe de là aux conseils de préfecture qui occupent à peu près la moitié de l'ouvrage. Les deux tiers du troisième volume sont consacrés aux ministres, et aux différentes juridictions, préfets, maires, cour des comptes, conseils de révision, etc. L'auteur ne procède pas de même quand il

s'occupe du Conseil d'État et des conseils de préfecture, d'une part, ou quand il parle des autres tribunaux. Le caractère de tribunal administratif est un des plus importants qu'ait le Conseil d'État, il domine presque, exclusivement dans le conseil de préfecture. Pour le faire bien comprendre, M. Serrigny fait connaître dans leur ensemble les attributions de ces deux corps. On pourrait détacher de son livre une monographie complète sur le Conseil d'État. Il développe également avec soin les fonctions non contentieuses du conseil de préfecture, notamment ses fonctions de tutelle. Au contraire, quand il s'agit des ministres, des préfets, des maires, parler de leurs attributions de tout genre eût été oiseux, puisque le contentieux peut s'en dégager nettement, et l'ouvrage eût été absorbé par ce hors-d'œuvre, puisque le caractère de juges administratifs est le moins important chez de tels fonctionnaires. Ainsi s'expliquent l'inégalité de développements et la diversité de procédés dans la composition. Chaque juridiction a sa compétence et sa procédure. A propos de la première, les plus intéressantes questions du droit administratif se présentent à nous.

On n'attend pas de nous une analyse de l'ouvrage; ce ne pourrait être qu'un catalogue de textes et de questions, qu'une table des chapitres. Nous aurions plus de plaisir à dire quelles sont les qualités de l'ouvrage, combien il est à la fois complet dans l'ensemble, exact dans le détail, n'omettant aucun point, et, sur chaque point, aucun document, sachant tirer des principes fixes et juridiques de cette masse d'arrêts, de circulaires, de décrets ou de lois, souvent contradictoires et variables, combien le raisonnement est serré et l'exposition lucide. Mais nous n'apprendrions rien à ceux qui ont étudié les précédentes œuvres ou la première édition de M. Serrigny. D'un autre côté nous ne tenons pas à relever certaines inexactitudes de détail qui nous ont un peu surpris, parce qu'elles n'ont pas de gravité et que nous craindrions de paraître leur en donner en les faisant ressortir. Nous préférons indiquer ce qui fait à nos yeux l'originalité vraie et intéressante de l'ouvrage. C'est l'indépendance la plus ferme unie à l'attachement inébranlable pour les principes du droit administratif. Cet attachement aveugle quelquefois un peu; il part d'un sentiment très-vif des nécessités administratives et inspire un optimisme qui répugne égale-

mément à la critique et à la réforme ; en toute matière, ceux qui voient marcher les choses d'une manière satisfaisante malgré les difficultés qu'elles offrent, sont disposés à croire qu'elles ne pourraient suivre une marche différente, sous peine d'embarras et de dangers considérables. Il faut ajouter que l'organisation du droit administratif en France donne à l'élément exécutif un pouvoir considérable ; d'où le respect de ce droit chez ceux qui sont attachés à la forme du gouvernement, ou qui désirent d'une manière générale maintenir ou accroître la force de l'autorité centrale. Les critiques, les désirs de réforme viennent souvent d'un sentiment libéral ou d'un sentiment d'opposition ; ils vont quelquefois au delà de la modification, jusqu'à la suppression même des principes administratifs. M. Serrigny est attaché par les convictions les plus profondes au droit qu'il enseigne depuis longtemps avec éclat. Dans son livre il en soutient énergiquement les doctrines ; il se montre parfois aussi jaloux de la compétence des tribunaux administratifs que ces tribunaux eux-mêmes <sup>1</sup>. Cependant un sentiment libéral anime tout l'ouvrage, disons plus, il s'y manifeste avec franchise et vivacité. Ce n'est pas à titre de partisan d'un pouvoir arbitraire que l'auteur défend les institutions administratives. Quand il parle de ces institutions mêmes, il en sait très-bien discerner le fort et le faible. Citons le passage suivant : « La juridiction du conseil de préfecture devrait, à mon avis, devenir de droit commun dans les matières du contentieux communal et départemental, et le législateur devrait marcher dans cette voie. En effet, ces conseils sont plus à la portée des justiciables que les ministres ; ils ont aujourd'hui un prétoire et des audiences publiques, ce qui offre des garanties considérables. En étendant la juridiction contentieuse de ces conseils avec les débris de celle des ministres et des préfets, on désencombrerait ces agents de l'administration active, surchargés d'affaires dont ils ne peuvent prendre aucune connaissance personnelle, et qui sont réglées par les commis de leurs bureaux. La force du gouvernement central n'en serait point affaiblie, puisque les décisions des conseils de préfecture aboutissent au Conseil d'État aussi bien que celles des ministres. La différence est que celles qui y arriveraient se-

<sup>1</sup> V. n<sup>o</sup> 539, 671, 740, etc.

raient mieux élaborées. Tout le monde gagnerait à ces modifications intelligentes, aussi bien l'administration que les particuliers. Ce serait là de la bonne décentralisation. Mais il faudrait, pour cela, toucher à la bureaucratie et à la paperasserie, deux choses qui, en France, sont plus fortes que tous les gouvernements, et qui ne font que s'augmenter sous les ruines de ces mêmes gouvernements<sup>1</sup>.

L'indépendance de la pensée ressort d'autant mieux que le style n'est pas moins indépendant et vigoureux. En vérité ce style tranche sur l'uniformité d'un langage juridique généralement adopté de nos jours. On se plaint, non sans raison et dans tous les genres, que les différents auteurs n'aient pas une différente manière de parler et d'écrire. Une discipline identique mène à ce résultat qu'on ne peut plus nommer que les auteurs qui se nomment eux-mêmes, et souvent l'on a de la peine à les distinguer les uns des autres quand on connaît leurs noms. En lisant M. Serrigny, nous croyons retrouver un de ces anciens jurisconsultes, peut-être un de ses compatriotes, habitué à concevoir nettement, à s'exprimer avec clarté et vigueur. On rencontre souvent chez lui un mot piquant, résumant une idée précise. Ni dissertation ni plaidoyer. Les adversaires, il faut le reconnaître; ne sont pas ménagés. La vigueur de l'esprit ne permet pas la mollesse dans les coups. Les lecteurs de la *Revue* ont eu dernièrement sous les yeux un article de M. Serrigny; ils ont pu constater et apprécier ces qualités de style, plus précieuses encore dans un grand ouvrage, parce qu'elles lui donnent la vie et l'intérêt.

ALBERT DESJARDINS.

<sup>1</sup> N° 505.

# TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

## PAR ORDRE DE MATIÈRES.

### DROIT CIVIL.

	Pages.
Examen de la jurisprudence en matière de partages d'ascendants, par <i>M. Derome</i> . . . . .	1
— Suite . . . . .	97
— sur les substitutions prohibées, par <i>M. Bertauld</i> . . . . .	193
— en matière de transactions, par <i>M. Pont</i> . . . . .	289
— en matière de saisie-arrêt, par <i>M. Ancelot</i> . . . . .	385
De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres, par <i>M. Beudant</i> . . . . .	30
Suite . . . . .	210
Révision du Code Napoléon, par <i>M. Batbie</i> . . . . .	125
Observations sur le mémoire de <i>M. Batbie</i> , par <i>M. Duverger</i> . . . . .	308
Le Code Napoléon et les sociétés coopératives, par <i>M. Boissonade</i> . . . . .	252
De la quotité disponible; rapport au Sénat, par <i>M. Suin</i> . . . . .	274
Explication de l'article 789 du Code Napoléon, par <i>M. Serrigny</i> . . . . .	423

### PROCÉDURE CIVILE.

Des fonctions du ministère public à l'audience civile, par <i>M. Perier</i> . . . . .	59
Suite . . . . .	431
De l'avertissement préalable ordonné par l'article 2 de la loi du 2 mai 1855, par <i>M. Regnault</i> . . . . .	409

### DROIT COMMERCIAL.

Examen de la jurisprudence, par <i>M. Rataud</i> . . . . .	481
--	-----

DROIT CRIMINEL.

	Pages.
Modification des articles 5, 6, 7 du Code d'instruction criminelle, par <i>M. Thézard</i> . . . . .	364
Le traité d'extradition entre la France et l'Angleterre, par <i>M. Piçot</i> . . . . .	526

DROIT ADMINISTRATIF.

De la juridiction disciplinaire des conseils académiques, par <i>M. Reverchon</i> . . . . .	80
De l'organisation des Facultés de droit, par <i>M. Sévin</i> . . . . .	162
Les expropriants, par <i>M. Ducrocq</i> . . . . .	491

HISTOIRE.

Le président de Lamoignon, par <i>M. Sorbier</i> . . . . .	538
--	-----

Bibliographie.

Le livre des droits et commandements de justice, publié par <i>M. Beautemps-Beaupré</i> ; compte rendu par <i>M. L. de Valroger</i> . . . . .	89
Des Juifs algériens, par <i>M. Frégier</i> ; compte rendu par <i>M. Bonnier</i> . . . . .	91
Loi sur les chèques, par <i>M. Alauzet</i> ; compte rendu par <i>M. Ameline</i> . . . . .	95
Œuvres posthumes d' <i>Al. de Tocqueville</i> ; compte rendu par <i>M. Bertauld</i> . . . . .	176
Cours d'économie politique par <i>M. Barbis</i> ; compte rendu par <i>M. Ameline</i> . . . . .	280
Le Parlement de Paris, par <i>M. Demare</i> ; compte rendu par <i>M. L. de Valroger</i> . . . . .	380
Mettray, par <i>M. Bonneville</i> ; compte rendu par <i>M. L. M. de Valroger</i> . . . . .	382
Cours de droit maritime, par <i>M. Cassant</i> ; compte rendu par <i>M. L. M. de Valroger</i> . . . . .	386
Les Églises au point de vue demandal, par <i>M. Ducrocq</i> ; compte rendu par <i>M. L. M. de Valroger</i> . . . . .	384
Cours de droit romain, par <i>M. Demangeat</i> ; compte rendu par <i>M. Boissonade</i> . . . . .	462
Code de l'assistance judiciaire, par <i>M. Brière-Valigny</i> ; compte rendu par <i>M. Ameline</i> . . . . .	480
Traité de la compétence administrative, par <i>M. Serrigny</i> ; compte rendu par <i>M. Alb. Desjardins</i> . . . . .	564

# TABLE DES NOMS DES AUTEURS

## DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
AMELINE.	Bibliographie.	95, 280, 480
ANCELOT.	Examen de la jurisprudence en matière de saisie-arrest.	385
BATBIE.	Révision du Code Napoléon.	125
BEUDANT.	De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres.	30, 310
BERTAULD.	Examen de la jurisprudence en matière de substitutions prohibées.	193
—	Œuvres posthumes d'Al. de Tocqueville.	176
BOISSONADE.	Le Code Napoléon et les sociétés coopératives.	252
—	Cours de droit romain de M. Demangeat.	402
BONNIER.	Les Juifs d'Algérie.	91
DEROME.	Examen de la jurisprudence en matière de partages d'ascendants.	1, 97
DESJARDINS.	Traité de la compétence administrative de M. Serrigny.	564
DUCROCQ.	Les expropriants.	491
DUVERGER.	Observations sur le mémoire de M. Batbie.	308
PERIER.	Le ministère public à l'audience civile.	59, 431
PICOT.	Le traité d'extradition entre la France et l'Angleterre.	526
PONT.	Examen de la jurisprudence en matière de transactions.	289
RATAUD.	Examen de la jurisprudence commerciale.	481

**572 TABLE DES NOMS DES AUTEURS DES PRINC. ARTICLES.**

<b>MM.</b>		<b>Pages.</b>
<b>REGNAULT.</b>	De l'avertissement préalable.	409
<b>REVERCHON.</b>	Juridiction disciplinaire des conseils académiques.	80
<b>SERRIGNY.</b>	Explication de l'article 789 du Code Napoléon.	463
<b>SÉVIN.</b>	Organisation des Facultés de droit.	162
<b>SORBIER.</b>	Le président de Lamoignon.	538
<b>THÉZARD.</b>	Modification des articles 5, 6, 7 du Code d'instruction criminelle.	364
<b>L. DE VALROGER.</b>	Bibliographie.	89, 380
<b>L. M. DE VALROGER.</b>	Bibliographie.	382, 383, 384



au texte toute sa pureté primitive, et elle est digne d'encouragements. Mais pourquoi MM. Roger et Sorel n'ont-ils pas, comme M. Tripier, signalé avec soin celles de nos anciennes coutumes auxquelles nos législateurs ont emprunté leur rédaction? C'est là une lacune qui nuit à leur œuvre en lui enlevant, selon nous, son caractère classique. Aussi croyons-nous que cette omission empêchera leurs Codes de devenir à l'École aussi populaires que ceux de M. Tripier, qui sont, du reste, en possession d'une vieille et juste renommée.

---

**THÉORIE DE LA CONDITION DANS LES DIVERS ACTES JURIDIQUES**, suivant le droit romain; par C. BUFNOIR, agrégé près la Faculté de Paris, avocat à la Cour impériale. Paris, Cotillon, éditeur, 1866, in-8. — 7 fr.

M. Bufnoir, que d'autres travaux distraient du soin d'écrire, a cependant voulu débiter dans cette carrière. Il publie aujourd'hui un résumé des conférences très-savantes qu'il a faites à la Faculté de droit de Paris pendant le deuxième semestre de l'année scolaire 1864-1865. Sa théorie de la condition en droit romain obtiendra, nous n'en doutons pas, au dehors l'autorité que son enseignement a conquis dans l'École; elle lui méritera l'estime des jurisconsultes français et étrangers, qui aiment à approfondir les grandes théories du droit.

---

**ÉTUDE SUR L'ACTION CIVILE** résultant d'un fait punissable; par Jules FERLET, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. Cotillon, éditeur; Paris, 1865, in-12. — 1 fr.

Travail consciencieux, bien pensé, bien écrit. Nous félicitons l'auteur de l'avoir entrepris, et nous souhaitons qu'il contribue à lui ouvrir la carrière de la magistrature.

---

**LES JOURNALISTES** devant le Conseil d'État; par Édouard LAFERRIÈRE, avocat. Paris, veuve Joubert, éditeur, 1865. In-8. — 1 fr.

M. Laferrière suit les traces de son illustre et vénéré père, et les matières administratives font l'objet de ses études de prédilection. La brochure dont il est ici question est consacrée à un sujet plein d'intérêt et d'actualité, et la manière de faire de l'auteur comme ses appréciations dénotent une grande connaissance de la jurisprudence administrative.

CH. M.

---

LA LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE COTILLON

Vient de mettre en Vente

UNE NOUVELLE ÉDITION

DU

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC  
DE L'EUROPE

PAR A. G. HEFFTER

CONSEILLER A LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE, PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE BERLIN,  
SYNDIC DE LA COURONNE, ETC., ETC.,

TRADUITE EN FRANÇAIS

PAR JULES BERGSON

DOCTEUR EN DROIT, ET C., ETC.,

REVUE ET AUGMENTÉE PAR L'AUTEUR

APRÈS LE DÉCÈS DU TRADUCTEUR.

---

Malgré les nombreuses améliorations et augmentations apportées à cette deuxième édition française, notamment par l'analyse de documents officiels d'un haut intérêt, l'auteur a pu la restreindre, comme la première, en 1 volume in-8°, et lui conserver tout son caractère classique.



